XVII.

Beiträge zu der Lehre von der Gemeinschaft der Appellation und der Reformatio in pejus.

Von Linde.

§. 1.

Nach dem vor Justinian geltenden Rechte wurden in der Appellationsinstanz nur diejenigen Beschwerden berücksichtigt, welche dem Appellanten zugefügt worden waren; der Appellat hatte als solcher eine Abänderung der Sentenz, wie beschwerend sie auch für ihn seyn mochte, nicht zu erwarten, wenn er nicht gleichfalls selbstständig appellirt hatte, also auch als Appellant aufgetreten war [1]). Darum war, nach dem älteren Rechte das Urtheil des Appellationsrichters immer nur darauf gerichtet, auszusprechen: ob die Appellation begründet oder unbegründet (iusta vel iniusta) sey [2]); keineswegs auch allgemein darauf: ob die vorige Sentenz überhaupt den Gesetzen gemäß, also für keinen der streitenden Theile beschwerend sey. Das Appellationserkenntniß konnte sonach entweder ein bestätigendes Erkenntniß, oder ein abänderndes nur zum Vortheile des Appellanten werden; niemals konnte dagegen, wenn nur

1) Const. 39 de appellat. 7, 62. Die Behauptung, daß nach Const. 10. quando prov. non est necesse 7, 64. sobald ein Theil appellirt habe, der andere nicht mehr selbstständig habe appelliren dürfen, Hoffmann Diss de adhaes. et commun. appell. §. 12. Hoch v. d. auſſer. Appellat; Rotenb. 1821 §. 27. verdient keine Widerlegung, da die Constitution ausdrücklich von etwas ganz Anderem spricht.

2) Fr. 122 §. 5 de V. O. 45, 1. Fr. 24 pr. de appellat. 49, 1. Fr. 2. pr. quando appelland., 49, 4. Const. 6 pr. de appellat. 7, 62.

der eine Theil appellirt hatte, ein Erkenntniß erfolgen, welches zu Gunsten seines Gegners, der nicht selbstständig appellirt hatte, eine Abänderung enthielt, mochte das Urtheil in der That auch noch so beschwerend für den Appellaten seyn, und von diesem bei Gelegenheit der Verhandlung über die von dem Gegner veranlaßte Appellationsinstanz, noch so bündig nachgewiesen werden.

Wenn daher ein Urtheil von beiden Theilen als verletzend angesehen wurde, und jeder in seinem Interesse eine Abänderung beabsichtigte, so war auch nothwendig, daß jeder Theil selbstständig ein Rechtsmittel ergriff. Wenn auf diese Weise Rechtsmittel von jeder Parthei selbstständig ergriffen waren, wurden sie auch von den streitenden Theilen und dem Richter als zwei selbstständige Rechtsmittel behandelt, woraus die auf Einhaltung der Fatalien, Verzicht u. dgl. geltende Folgen sich ganz von selbst ergeben.

Schon im J. 529 modifizirte Justinian, diese Grundsätze rücksichtlich der Zulässigkeit und Nothwendigkeit einer selbstständigen Appellation wegen des Kostenpunctes für den Fall, wenn der Gegner des über den Kostenpunct sich beschwert erachtenden Theils, in der Hauptsache schon zur Appellation gegriffen hatte.

Er verordnete nämlich in Const. 10. quando provocare non est necesse. 7, 64:

„Omnem honorem salvum iudicibus reservantes, si quando una pars, quasi laesa per definitivam eorum sententiam, provocatione usa fuerit, interdicimus alteri parti, quae vicit, pro hoc tantumodo, quod nihil capere pro sumtibus litis et detrimentis, vel minus, quam oportuerat, iussa est, provocationem offerre, quum et ipsa decisionem litis recte factam esse confitentur; iudicibus...... si perspexerint adiuvandum esse victorem sumtuum perceptione, etiam sine provocatione eius hoc statuentibus, et iustam eorundem sumtuum quantitatem definientibus.“

Es kann nicht bezweifelt werden, daß der wegen des Ausspruchs über den Kostenpunct sich für beschwert erachtende Theil, wiewohl er nicht selbstständig deßhalb appelliren durfte, so wie jeder Appellat mit seinem Widerspruche gegen die Ausführungen und Anträge des Appellanten immer gehört wurde [3]. Eben so gewiß war der Appellationsrichter amtlich auf Verbesserung des Ausspruches rücksichtlich des Kostenpunctes, hingewiesen, so daß in Bezug auf diesen speziellen Punct in dieser Vorschrift schon der Keim einer Appellationsgemeinschaft, einer accessorischen Adhäsion und reformatio in pejus liegt.

So stand die Sache bis zum Jahre 530. Im diesem Jahre wollte Justinian seinen Unterthanen eine größere Fürsorge zuwenden, als eigene Aufmerksamkeit auf ihre Rechte ihnen gewähren könne. Zu dem Ende verordnete er, das bestehende Recht abändernd: daß, sobald der Appellat seine Appellationsbeschwerden proponirt haben würde, auch der Appellat, wenn er anwesend sey, die Befugniß haben sollte, Beschwerden gegen das Erkenntniß vorzutragen, und der Appellationsrichter darüber im Appellationsurtheil, auch zu Gunsten des Appellaten abändernd, erkennen, und daß in Abwesenheit des Appellaten, der Appellationsrichter amtswegen des Appellaten begründete Beschwerden berücksichtigen solle. Die desfallsige Constitution sagt nämlich:

Const. 39 de appellat. 7, 62.

„Ampliorem providentiam subiectis conferentes, quam forsitan ipsi vigitantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, quum in appellationum auditoriis is solus post sententiam iudicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi, qualiscunque fuisset, compellenda.

---

3) Fr. 41 fam. ercisc. 10, 2. Fr. 3 de his quae in testam. del. 28, 4.

Sancimus itaque, si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium eius, si quid iudicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et iudiciale mereri praesidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus iudicem per suum vigorem eius partes adimplere."

Justinian hat sichtbar an dem Rechte beider streitenden Theile selbstständig nebeneinander Rechtsmittel gegen ein und dasselbe Urtheil ergreifen zu dürfen, nichts geändert, vielmehr gerade von einem Falle reden wollen, in welchem die Partheien entweder nicht wechselweis Rechtsmittel ergriffen, oder wenn dieses auch geschehen, nicht die Vorsicht angewendet haben, die bei der Lage der Sache, worin dieselbe durch die Ergreifung eines Rechtsmittels von einer Parthei für die andere gerathen ist, die Vorsicht geboten hätte. Für solche Fälle wollte der Gesetzgeber eine größere Fürsorge für die Partheien treffen, als sie selbst beobachtet hatten, und in dieser Richtung das ältere Recht emendiren. Dazu sollten zwei Mittel führen;

einmal: der Appellat sollte, ohne Rücksicht darauf, ob er selbstständig ein Rechtsmittel ergriffen habe, blos dadurch, daß sein Gegner als Appellant nun einmal in das iudicium gekommen, und causas appellationis proponirt hatte, die Befugniß haben, wenn er anwesend war an dem Urtheile, Aussetzungen zu machen, und richterlicher Hülfe gewärtig zu seyn; und dann: wenn ein solcher Appellat etwa abwesend wäre, sollte der Richter amtswegen die Beschwerden des Appellaten berücksichtigen.

Hiernach liegt in dieser Verordnung jedenfalls so viel, daß, wenn ein untergerichtliches Erkenntniß von beiden Theilen als beschwerend betrachtet werden kann, doch nicht nothwendig beide Theile selbstständig die Appellation zu ergreifen brauchen, um die rechtliche Möglichkeit zu begründen, daß zu Gunsten eines jeden Theils ein abänderndes

appellationsrichterliches Erkenntniß erfolgen könne; sondern daß es zu diesem Zwecke schon genügt, wenn nur ein Theil die Fatalien beobachtet hat.

§. 2.

Was nun zunächst den legislatorischen Werth dieser Justinianischen Anordnung und ihre Consequenz im römischen Rechtssystem anbetrifft, so hat man den Gesetzgeber von jeher sehr getadelt, daß er jene in Frage stehende Bestimmung erlassen, dadurch die reine Quelle, aus welcher die Gesetzgebung schöpfen solle, getrübt, die Natur der Sache verfälscht habe [4]). Insofern man hierbei an die Bestimmungen des römischen Rechts über die Rechtskraft gedacht, ist nicht zu übersehen, daß es ohnehin eine falsche Voraussetzung ist, welche alle nicht speziell bei der Aufstellung der causae appellationis angegriffenen Theile eines Urtheils, dem Appellanten gegenüber, in Rechtskraft übergehen läßt. Vielmehr wurde dem Appellanten gegenüber so lange kein Theil des Urtheils rechtskräftig, selbst dann nicht, wenn er speziell gegen einzelne Bestimmungen das Rechtsmittel ergriffen hatte, als ihm die Verhandlungen in der Appellationsinstanz offen standen [5]). Rücksichtlich des Appellaten war bis zum Jahr 530 die Sache allerdings anders; hatte er nicht selbstständig ein Rechtsmittel eingelegt, dann konnte zu seinen Gunsten die Sentenz nicht abgeändert werden. Für den Appellaten war es dann, nach römischem Sprachgebrauche eine sententia indubitata, quae nullo remedio attentari potest, für den Appellanten aber nur eine abgeurtheilte Sache, res iudicata [6]). Wenn man nun noch daran erinnert, daß nach

---

4) v. Almendingen, Metaphysik, Abh. VIII. besonders S. 180. Gönner, Handb. III. S. 163. Hurlebusch, Beiträge zur Gesetzg. und Jurisprudenz. Helmst. 1817. Heft 2. S. 150. v. Batz, vermischte Abh. S. 261.

5) Zeitschrift für Civilr. u. Proz. IX. S. 315 f.

6) Linde, Lehrb. d. Civilproz. §. 171.

dem römischen Prozeßrechte nur gegen Definitivurtheile und ihnen an Kraft gleiche Zwischenurtheile Appellation zulässig war, daß auf der einen Seite das Urtheil regelmäßig einfacher als nach unserem heutigen Verfahren, ausfiel, auf der andern Seite aber die Einleitung und Durchführung eines Appellationsganges für den Appellanten persönlich mit mehr Anstrengungen und Störungen verbunden war, als heut zu Tage, so läßt sich wohl annehmen, daß häufig eine Parthei, die aus der unterrichterlichen Instanz im Wesentlichen als Sieger herausgegangen war, selbst dann, wenn sie den einen oder andern Punct des Urtheils mehr zu ihren Gunsten sprechend, erwarten konnte, es dennoch vorzog, sich bei dem Spruche zu beruhigen, in der Erwartung, daß der Gegner auch so handeln werde. Ergriff in einem solchen Falle der andere Theil gleichwohl die Appellation, dann gerieth nach dem, bis zum J. 529 geltenden Rechte der Appellat in eine sehr nachtheilige Lage, indem der Appellant dadurch, daß er die Appellation eingelegt und introducirt hatte, den Suspensiveffect herbeiführte, ohne daß es nun, da für die Ausführung der einmal gehörig introduzirten Berufung keine weitere Frist vorgeschrieben war, dem Appellaten leicht möglich gewesen wäre, die endliche Entscheidung zu bewirken. Der Appellant konnte sonach durch die Appellationseinwendung und Einführung den Sieger wahrhaft ungebührlich von dem Genusse seines, ihm schon einmal zugesprochenen, Rechtes abhalten, und den vorsichtigen Sieger mußte die Furcht vor solchen Folgen selbst zu unnöthigen, jedenfalls zu solchen Berufungen führen, die wohl dann unterblieben wären, wenn er in dem Falle, daß der Besiegte appellirte, die rechtliche Möglichkeit hatte, das Appellationsverfahren auch wider den Willen des Appellanten leichter zu Ende zu bringen, und bei der Gelegenheit Beschwerden, die er gerne erlitten, wenn auch der Gegner sich seiner Seits bei dem Urtheil beruhigt hätte, wenigstens dann noch wirksam geltend machen konnte, wenn der Besiegte die Berufung ergriff. Justi-

nian, der im Prozeßverfahren so wesentliche, dem praktischen Bedürfnisse entsprechende Abänderungen traf, ließ nun in zwei aufeinanderfolgenden Jahren Abhülfe eintreten, und aus den desfallsigen Verordnungen ersieht man, daß ihm im Wesentlichen jene Gebrechen vorschwebten, die wir hier als in der Beschaffenheit des römischen Prozesses bis dahin liegend, und angemessene Abhülfe erheischend, angedeutet haben. Im J. 529 vermittelte er nämlich zunächst für den Appellaten die Möglichkeit, auch von seiner Seite, wenn der Appellant die Sache hinhalten wollte, dieselbe zum Ausgang zu bringen. Zu dem Ende verfügte er:

Const. 5 §. 4 quando prov. n. e. n. 7, 63.

„Illud etiam merito addendum huic legi censemus, ut si quis fatali die apud appellationis iudicem *introductus* sive ex parte una, sive cognitionaliter causae appellationis imponat exordium, *deinde relicta ea discedat, et in desidia reliquum tempus permaneat*, et tempus post inchoatam litem praeterierit, *victore neque sententiam ad effectum perducere valente* propter litem jam inchoatam, neque iam terminum accipere inveniente, *quum appellatoris absentia eam finiri non facile concedat*, huiusmodi *iniquitatem* amputantes, (quum *adversarius* potest etiam minime praesente appellatore litem exercere, quia hoc speciale privilegium eius est, qui appellationi examinandae praesidet, posse et ex una parte causam dirimere) iubemus, eundem appellatorem, nisi observaverit iudicium, et causam usque ad finem peregerit, sed et si per eum steterit, quo minus omnia litis certamina impleantur; appellatione defraudari, et sententiam contra eum latam in suo robore durare, et ad effectum perduci, tunquam si ab initio minime fuerit provocatum etc."

Durch dieses Gesetz war der eine Nachtheil, nämlich der, daß ein chicanöser Appellant, den Sieger ungebührlich hinhalten, oder ihn zu einer sonst unnöthigen Appellation verleiten konnte, beseitigt. Aber nicht der andere Nachtheil,

der dem Appellaten daraus entstand, daß der Appellant zwar Abänderung in seinem Interesse bewirken konnte, nicht aber auch der Appellat, troß dessen, daß nun doch einmal ein Appellationsverfahren statt fand, und er zum Genusse seines Rechts dadurch doch nicht sobald gelangte. Diesen Nachtheil wendete deshalb Justinian im folgende Jahre (530) ab durch

Const. 39 de appellat. 7, 62.

Durch diese beiden Verordnungen hatte Justinian für das Interesse des Appellaten hinlänglich gesorgt, und es konnte nunmehr umgekehrt der Appellant leicht in Nachtheil kommen. Wenigstens bestand eine Ungleichheit darin, daß wenn in Abwesenheit des Appellaten das Verfahren fortgesetzt und beendigt wurde, dennoch zu Gunsten desselben und sonach zum Nachtheil des Appellanten in peius reformirt werden konnte, während umgekehrt, wenn das Verfahren in Abwesenheit des Appellanten fortgesetzt und beendigt wurde, eine solche reformatio zum Vortheile des Appellanten nicht zulässig war, sondern der glücklichste Ausgang der Sache für ihn noch der war, wenn die vorige Sentenz bestätigt wurde.

Diese Ungleichheit beabsichtigte Justinian durch Novelle 49 zu heben, und aus deren Abfassung geht wieder hervor, daß er durch den angedeuteten Ideengang geleitet, und sonach im vollen Bewußtseyn des Ziels, worauf er hinarbeitete, und des innern Zusammenhangs seiner legislatorischen Erzeugnisse war. Er erzählt nämlich in der praefatio dieser Novelle unter Anderm: „Scimus enim nos id, quod *male* et *dolose* in appellationibus factum est, *nuper correxisse:* quoniam appellantes eo solum contenti, ut *appellationem in iudicio interponerent*, et semel personam sistentes sive altera parte absente, sive etiam, causa cognita (id enim perinde est) *causam deserebant*, et *victori* plane *sine fine* lis erat; cum *neque iudicatis propter appellationem frui*, *neque efficere posset*, *ut de appellatione* propter absen-

tiam appellantis *cognosceretur*. Haec nuper lata lege correximus, illi, qui appellationem interponit, sive ipse solus, sive altera etiam pars praesens sit, annum praestituentes, intra quem litem peragat et ius suum obtineat, nec eam indecisum relinquat: deinde alium etiam annum ex humanitate adiecimus, si culpa iudicis, vel alia quadam inevitabili causa appellatio protrahatur; eoque elapso, si litem non finiverint, *sancimus ut victori firma maneat sententia.*"

Justinian erzählte nun weiter, welche Entschuldigungsgründe die Appellanten gewöhnlich dafür anführten, daß sie die Appellation nicht zeitig fortgesetzt haben, und fährt dann fort: „Quare merito haec nos commoverunt, cum et legem violari nolimus, et illis, qui eiusmodi fortuito casu *laesi* sunt, quoad eius fieri potest, *auxilium* ferre cupiamus. Quid ergo aliud faciendum erat, quam ut ad aliam legem respiceremus, quae, ut decet, rei mederetur."

Cap, 1, Reliqua igitur dictae a nobis legis observatio, sicut ante diximus, per omnia custodiatur. Si vero re vera inevitabili quid contingat, et qui causam appellationis agit, non permaneat, et licet eam die fatali introduxerit, non compareat, et periculum sit, ne biennii tempus elabatur, tunc *victori confirmetur sententia* (quemadmodum prior nostra lex dixit) *sed cum quadum limitatione, quam in praesentia adiicimus. Cum enim victoribus auxilium tulerimus*, nimium illud tempus contrahentes, *illis qui appellant* et constituto die appellationem introducunt, nec tamen certamen subire volunt, vel in medio etiam certamine illud deserunt: propterea exiguum quiddam victoribus auferentes, *pulchre, quo decet, collineabimus. Volumus enim, ut ille, qui in causa vicit, si vere sententiam confirmari velit*, non ex insidiis, nec post tempus aliquod, sed *cum ipsa rerum veritate*, si causam deserat is, qui appellavit, compareat, et de hoc ipso conqueratur, desertorem quaerat, et sive eum invenire potuerit, sive is non appareat, *iura sua in medium proferat*, durante scilicet adhuc biennio, circa

finem tamen eius, ita ut unus forte mensis causae supersit. *Et si quidem superior videatur, sententia firma sit;* si vero inferior in certamine evadat, et qui appellavit, quique constituto die appellationem introduxit, non permaneat, *causa secundum iura decidatur,* hoc solum addito, sive causam vincat, qui ante quoque vicerat, *sive etiam ea inferior* sit, ut expensas ingressus post appellationem desertor illi omnino praestet. Sive enim causam obtineat quoad expensas, hoc ipso *quod iure vicit,* iustum etiam est, ut expensas accipiat: sive etiam inferior sit, quoniam ille plane litem deserunt, et deserenti etiam vincere contingit, expensas quidem soluit, ubi vero sententiam obtinuit, deo et praesenti legi gratias agat, quae ad hunc modum ius illi custodit, eumque sola impensa multat, qua non lex, sed ipse sese absens multavit. Quod *si neuter* neque victor, neque victus *compareat,* (qui constituto etiam die appellationem introducens, deinde abfuit), *sententia victoris rata maneat,* caeteraeque leges omnes, quae de appellationibus scriptae sunt, tum quoad terminos, tum quoad reliqua, firmae sint. Hanc enim legem expresse *de iis* ferimus, *qui postquam* die constituto appellationem *introduxerunt*, iudicium deserunt; nihil ex reliquis legibus aut temporibus appellationis neque abrogamus, neque mutamus, sed potius hac etiam lege eas confirmamus. Illud quoque, ut definiamus bonum est, si victores sententiam, quae ipsis victoriam confirmat, consecuti sint, ut illa fruantur: nihil enim eorum, quae iam decisa sunt, movemus: si vero biennio durante et non praeterlapso, ac sententia nondum confirmata, huc usque pendeat, haec quoque idem sortiatur examen, atque ita victores sententiis fruantur, *si eas recte se habere ostenderint.*"

Die Novelle 126 Cap. 2 endlich wiederholt in der Sache in der That nur die Grundsätze der Nov. 49 pr. Cap. 1 und drückt sie nur noch klarer und schärfer aus, verändert einiges an den Fristen, und läßt den Fall, wenn keiner der

beiden Theile erscheint, (der aber auch stets am einfachsten war, und bei dem Grundsatz, daß dann die sententia a qua unverändert bleibe, niemals verändert worden war) unberührt. Es heißt nämlich in Nov. 126 Cap. 2.

„In omnibus praeterea appellationibus hoc valere iubemus, ut quoticscunque appellatione interposita, intra praefinitum tempus utraque pars fatalem diem observaverit, absque omni dilatione iudices, *tam acta causae,* quam *iudicata examinare* studeant, et *legi ac iuri consentaneam depromere sententiam.* Sin vero solus is qui provocavit, fatale die ingressus fuerit: iubemus, ut iudices sub extremum fatalem diem, si vel requisitus victor non inventus fuerit, *examinatis actis causae legitimum adsignent terminum.* Si solus is qui victricem retulit sententiam, ingrediatur, qui vero provocavit, requisitus inventus non fuerit; praestolentur iudices non solum ad extremum usque fatalem diem, sed etiam per tempus reparationis, hoc est, tres menses. Quod si nec tunc quidem inventus fuerit, qui provocavit, *non amplius decursu temporis corroboretur sententia* sed vel una tantum parte praesente *iudices actitata in causa, et iudicata examinent.* Et si quidem *recte prolatam sententiam* invenerint, eam confirment. Si quid in ea per *negligentiam omissum* est: id *corrigant,* et *legitimam edant sententiam.* Simulatque vero semel appellationis causa inter eos dies, qui dilationis causa praefiniti sunt, sive ab utraque parte, sive ab una tantum introducta fuerit: *non amplius biennii decursu firmitatem* de caetero *capiat sententia,* sed *attentis oculis veritate ac iure considerato,* terminum huiusmodi causis legitimum adhibeant, sive una, sive utraque parte praesente. Ac propterea iubemus, ut in hoc genere causarum non amplius, quemadmodum in praesentem usque diem obtinuit, in primam appellationem omnes cognitiones conferantur, sed unaquaeque cognitio suum diem praescriptum habeat.“

In den angeführten Gesetzen Justinians ist in der

That ein vollständiges System entwickelt, welches sich im Wesentlichen auf folgende Grundsätze zurückführen läßt:

Die Appellation ist, sobald der Appellant das Rechtsmittel bei dem Appellationsrichter introduzirt hat, beiden Theilen gemeinschaftlich. Wenn in den für die Fortsetzung des Appellationsverfahrens vorgeschriebenen gesetzlichen Fristen jedoch kein Theil erscheint und Verhandlung und Entscheidung betreibt, dann bleibt der unterrichterliche Spruch in Kraft. Wenn dagegen beide Theile oder auch nur ein Theil, entweder der Appellant oder der Appellat erscheinen, so haben der oder die Erscheinenden ihre Vorträge zu halten, und der Appellationsrichter prüft die früheren und die Appellations-Verhandlungen, und fällt ein nach dem Verhalt aller Verhandlungen dem Rechte und Gesetzen entsprechendes Urtheil, welches also reformatorisch, confirmatorisch, declaratorisch, ergänzend u. s. w. seyn, und eben sowohl zu Gunsten des Appellanten als des Appellaten, also auch zu Gunsten des Erschienenen als des nicht Erschienenen ausfallen kann. Denn ist die Appellation einmal rechtsbeständig introduzirt und zur Fortsetzung und Beendigung auch nur ein Theil in den gesetzlichen Fristen erschienen, dann soll nicht mehr blos wegen eines Zeitablaufs der vorige Spruch aufrecht erhalten werden, sondern unter allen Umständen ein dem Rechte angemessenes Appellationserkenntniß erfolgen. Also Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels und Zulässigkeit der Reformatio in pejus war im vollsten Umfange gesetzlich sanctionirt, und durch nichts bedingt, als rechtsbeständige Introduction der Appellation durch den Appellanten, und vorschriftsmäßigen Betrieb der Sache durch wenigstens einen der streitenden Theile. Auch sieht man es der ganzen Haltung der Disposition in diesen Novellen leicht an, daß der Appellationsrichter eben sowohl amtlich auf das, dem materiellen Rechte entsprechende, Interesse beider Theile Rücksicht nehmen, als die Anträge und Widersprüche, welche während des Appellationsverfahrens von den Partheien aus-

gehen, beachten soll. Verbindet man den Inhalt dieser Novelle mit der Const. 39 de appellat., so gewinnt man ein System, welches durchaus auf Partheiengleichheit gebaut ist, dem Appellaten nicht mehr Rücksicht als dem Appellanten zuwendet, aber darauf berechnet ist, im Appellationserkenntnisse alle Rechtsirrungen des unterrichtlichen Erkenntnisses zu verbessern, und so dem materiellen Rechte den Sieg zu verschaffen. Zwar ist die Nov. 126 nicht glossirt; aber für die hier in Frage stehende Rechtsansicht immer nichts desto weniger eben so erheblich, als wenn sie von den Glossatoren bearbeitet worden wäre.

Bevor wir in der Entwicklung unsers Gegenstandes weiter gehen, müssen wir einer Entgegnung Heffters[7]) erwähnen, der behauptet: Justinian habe zwar die Wahrnehmung der Rechte des Appellaten dem Richter durch die Const. 39. zur Pflicht gemacht: daß aber der Appellat selbst durch eine Verfolgung der Appellation, noch ein günstigeres Urtheil hätte erwirken können, als ihm der vorige Richter gesprochen habe, gehe selbst nach dem Novellenrechte nicht an, da nach Novelle 49 Cap. 1 eine reformatio in pejus nicht zulässig sey[8]), und die Novelle 126 offenbar mehr eine Begünstigung des erscheinenden Theils, vor Augen habe. Hiergegen ist nun aber zu bemerken, daß Justinian in der Const. 39 ja sehr bestimmt die beiden Fälle: ob der Appellat gegenwärtig ist, oder nicht, mit der praktischen Folge unterscheidet, daß der Anwesende selbst, wenn er will, iudicatis *opponere* soll, und der Richter per suum vigorem nur in dem Falle der Abwesenheit des Appellanten eius partes adimplere angewiesen ist. Was sodann die Bestimmungen der Nov. 49 anbetrifft, so bemerkte schon Bayer[9]), daß diese Novelle auch von dem Falle verstanden werden

7) Heffter, Institut. d. Civilproz. S. 474.
8) Heffter, a. a. P. S. 472 Note 87.
9) Vorträge über den Civilproz. S. 496.

könne, wenn der Appellat selbst nur die Aufrechthaltung der vorigen Sentenz wünscht [10]; aber es scheint uns ausserdem, daß die Novelle ganz in Uebereinstimmung mit Const. 39 cit. eine reformatio in pejus auch gegen den Appellanten ausdrücklich zuläßt. Es wird nämlich einmal allerdings in Nov. 49 Cap. 1 gesagt: „et si quidem apparuerit (appellatus) *firmam* esse sententiam" woraus Heffter folgert, daß eine reformatio in pejus nicht zulässig gewesen; allein daß diese Folgerung unzulässig ist, ergiebt sich aus Folgendem: schon in der Prefatio zu der Novelle führt es Justinian als einen geltenden Rechtssatz an, daß wenn der Appellant in den gesetzlichen Fristen nicht handle, sancivimus ut victori firma maneat sententia, und bemerkt, daß es dabei auch in Zukunft bleiben solle. Im Cap. 1 kommt er abermals darauf zurück, und sagt, wenn der Appellant die Appellation gehörig introduzirt habe, aber dann in den gesetzlichen Fristen nicht wieder erscheine, dann solle zwar der richterliche Spruch in Wirksamkeit erhalten werden, wie schon früher gesetzlich festgesetzt sey, aber unter einiger Beschränkung, welche die Novelle hinzufüge. Diese Beschränkung besteht nun gerade darin, daß nur dann, wenn kein Theil erscheint, die sententia victoris rata oder firma bleibt, daß aber dann, wenn der Sieger, sententiam confirmari velit, iura sua in medium proferat, und daß causa secundum iura decidatur. Eben so bemerkt Justinian bei der Gelegenheit, wo er festsetzt, daß der nichterscheinende Appellant jedenfalls die Kosten tragen sollte, daß wenn der Appellant in der Sache in der Appellationsinstanz Sieger werde, es schon deßhalb, weil er rechtmäßig den Sieg errungen, den Kostensatz ansprechen könne, wenn aber der Appellant troß der Desertion Sieger bleibe, so könne er sich, wenn er blos

10) Eine Ansicht die in den Worten der Novelle 49. Cap. 1. „si vere sententiam confirmari *vellit*" allerdings auch volle Begründung finden würde, wenn die Novelle nicht viel weiter ginge.

die Kosten zu tragen habe, doch nicht beschweren. Wäre die Novelle nicht davon ausgegangen, daß im Interesse des Siegers in voriger Instanz, beziehungsweise des Appellaten in der Appellationsinstanz in pejus (zum Nachtheil des Appellanten) entschieden werden könne, dann hätte ja der Appellat immer besser gethan, wenn er niemals erschienen wäre, weil, wenn er abwesend war, der Richter nach Const. 39 de appellat. nicht blos sein Interesse wahren mußte, sondern ja selbst nach bestehendem, und durch Nov. 49 wiederholt und mehrmals anerkanntem und ausdrücklich bestätigtem Rechte, dann, wenn kein Theil erschien, sententia rata blieb, und sonach der Appellat durch sein Erscheinen seine Sache nur hätte verschlimmern, niemals verbessern können. Was aber endlich den Inhalt der Nov. 126 anbetrifft, so ist diese wie es mir scheint, klar für eine reformatio in pejus, und der Umstand, daß sie nicht glossirt sey, steht wenigstens nicht entgegen, sie als Interpretationsmittel für die Theorie zu benutzen, und dadurch einen anderwärts gewonnenen Grundsatz für die Praxis zu befestigen.

§. 4.

Das canonische Recht giebt für unsere Lehre keine Ausbeute. Man findet daraus häufig das Cap. 4 de elect. in VI. 1, 6 angeführt, worin aber über die Sache nichts vorkommt, und nur das Wort „adhaerere" für ein anderes Verhältniß, nämlich dafür gebraucht wird, wenn Dritte mit einem Appellanten Parthei machen. Das canonische Recht gebraucht das Wort also von denjenigen, die dem Appellanten gegen den Appellaten adhäriren, und die Doctrin und Praxis bedient sich nur sehr unpassend des Ausdrucks für ein Verhältniß, worin der Appellat gegen den Appellanten auftritt. Das canonische Recht macht sonach offenbar einen passenden Gebrauch von dem Worte, Doctrin und Praxis aber einen unpassenden. Gleichwohl hat das Wort in dieser unpassenden Bedeutung Bürgerrecht erlangt.

§. 5.

Auch die Reichsgesetzgebung verbreitet sich nicht näher über das Institut der Gemeinschaft der Appellation, erkennt es nur beiläufig als bestehend und in Uebung befindlich an. Bei Gelegenheit der Frage, ob beide Theile die Kosten der Actenauslösung zu tragen haben, wird nämlich gesagt, daß die Appellation beiden Theilen gemein sey [11]), und in einem spätern Reichsgesetze kommt Folgendes vor [12]): „Wann auch wohl bisweilen geschieht, daß der Appellant in termino, da die appellatio eingeführt werden soll, erscheint, und seines Theils die Appellation zu prosequiren untersteht, der Appellant aber allein de diligentia protestirt, und hernach, wenn die Fatalia verflossen, allererst die exequirte Prozeß reproduzirt, und daher der Zweifel fürfällt, ob dieser Gestalt des Appellaten prosecutio kräftig sey, und dem Appellanten auch zum gutem kommen möge; so soll es hiermit also verordnet seyn: wofern der Appellat, dieß obgesetzten Falls, die Appellation pro suo interesse auszuführen bedacht, daß ihm, vermög der Rechten, das commune beneficium (ohngeachtet die Reproduction exequirter Ladung durch den Appellanten zu spät geschehen) nicht soll abgestrickt seyn, sondern die Appellation bei Kräften bleiben, und nicht für desert geachtet werden.

Zum Verstehen dieser Bestimmung ist daran zu erinnern, daß nach dem reichskammergerichtlichen Verfahren bis zum J. 1654 es zur Einführung der Appellation hinreichte, wenn der Appellant in einer kurzen Supplik um Erkennung der Appellationsprozesse bat. Erst nach insinuirten Prozessen übergab er dann im ersten Termin mit der Reproduction der Prozesse den Gravatoriallibell. Dieses alles mußte binnen

---

11) R. A. v. 1566 §. 116.

12) R. A. v. 1594 §. 9.

einer Nothfrist von 6 Monaten geschehen [13]). Wiewohl es nun keinem Zweifel unterlag, daß, wenn der Appellant diese Nothfrist nicht gehörig einhielt, die Appellation desert ging, so wurde dennoch schon in der C. G. O. v. 1555 [14]) selbst im Grundsatze anerkannt, und durch den §. 96 des oben angegebenen Reichsabsch. von 1594 sehr bestimmt ausgesprochen, daß ungeachtet der Appellant sich mit seinen nothwendig vorzunehmenden Handlungen verspätet habe, der Appellat vermöge der Rechten sein *beneficium commune appellationis* darum nicht verlieren, sondern in seinem Interesse die Appellation solle ausführen dürfen. Darnach wurde reichsgesetzlich zum Eintritte der Gemeinschaftlichkeit der Appellation im Interesse des Appellaten in der That nicht mehr gefordert, als nach römischem Rechte, weniger noch als nach Const. 39 de appellat., denn diese setzt voraus, daß der Appellant die causas appellationis proponirt habe. Der J. R. A. schrieb nun freilich (J. 1654) im §. 64 vor: daß „ein jeder Appellant hiefür seine gravamina appellationis jedesmal gleich mit der Supplication pro processibus übergeben, darinnen absonderlich, worin er sich beschwert erachte, anzeigen, und solche seine gravamina oder Appellationsursachen dem Appellaten insinuiren lassen solle; und zwar soll sich der Appellant (nach §. 67 des J. R. A.) in alle Wege mit Ausbringung und Insinuirung der Prozesse, bei Strafe der Desertion, dergestalt befördern, damit die Insinuation wenigstens vor Ablauf der vier ersten nach interponirter Appellation folgender Monate unfehlbar geschehe, und hierin bestand die außergerichtliche Einführung der Appellation. Desgleichen verordnete derselbe J. R. A. §. 58, daß in primo termino der Appellant die

13) C. G. O. v. 1521 Tit. 23 §. 1 2 C. G. O. v. 1555 II. 30 §. 1 f.

14) C. G. O. v. 1555 III. 44 §. 1 vergl. mit Tit. 43 §. 1. 2. Schmelzer, Contumazialproz. S. 462 f.

ausgegangenen Appellationsprozesse reproduziren solle, gleichfalls bei Vermeidung der Desertion [15]), aber nirgends hat der J. R. A. oder ein, nach dem J. 1594 erschienenes Reichsgesetz den schon längst bestandenen [16]) Grundsatz des R. A. v. 1594 §. 96 aufgehoben; nach welchem die Vernachlässigung des Reproductionstermins durch den Appellanten, dem Appellaten nicht schaden soll, wenn der Appellant nur vorher alle Formalien gehörig beobachtet hat, so daß also in einem solchen Falle der Appellat die Fortsetzung und Entscheidung der Appellation fordern konnte [16]).

Die erwähnte, durch Justinian eingeführte Abänderung des älteren Rechts, drückten früh schon einige Rechtslehrer durch den Satz aus: der Appellat könne abhäriren, (Abhäsion — beneficium adhaesionis); andere durch den Satz: die Appellation sey eine gesetzlich gemeinschaftliche, beiden Theilen zukommende, Wohlthat (Gemeinschaftlichkeit der Appellation — communio appellationis); andere gebrauchen beide Ausdrücke als gleichbedeutend [17]); manche Neuere nennen die Befugniß des Appellaten, sich mit eigenen Beschwerden den Beschwerden des Appellanten anschließen zu dürfen das benef. adhaesionis, und die Befugniß und Pflicht des Richters, etwaige Beschwerden des abwesenden Appellaten amtswegen zu berücksichtigen, die communio appellationis [18]), wovon eine Folge die Möglichkeit der reformatio in pejus sey.

Es leuchtet nun aber ein, daß die beiden eben hervorgehobenen, von Justinian selbst sehr bestimmt unterschiedenen Fälle, nämlich der, wo der gegenwärtige Appellat

---

15) Schmelzer, Contumacialprozeß S. 461 f.

16) C. A. O. v. 1555 III. 31. 44. §. 12. Schmelzer a. a. O. S. 472 §. 38.

17) v. Berg, reichsger. Verf. u. Prax. §. 320. Die Ansicht Gönners im Handb. III. S. 174 ist hiernach als unrichtig zu betrachten.

18) C. G. Riedesel ab Eisenbach (Pr. G. D. Hoffmann) Diss. de adhaes. et commun. appellat. Tübing. 1769.

seine Einwendungen selbst macht, und der, wo der abwesende durch den Richter vertreten werden soll, in der Theorie gehörig getrennt gehalten werden müssen. Eine Gemeinschaftlichkeit der Appellation hat Justinian allerdings, das ältere Recht abändernd, geschaffen, und in sofern ist es gewiß nicht unpassend, im jetzigen Rechte von einer communio appellationis zu sprechen, aber diese Gemeinschaftlichkeit kann auf zwei verschiedenen Wegen wirksam werden [19], und diese sind deßhalb auch hier abgesondert zu behandeln.

§. 7.

Zu den Voraussetzungen zum Vorhandenseyn der Gemeinschaftlichkeit der Appellation gehört: daß von einem Theile die Appellation gehörig eingelegt, und bis zu dem Zeitpuncte fortgesetzt ist, mit welchem die Gemeinschaftlichkeit im Sinne des Gesetzes eintritt. Es liegt in der Natur des Verhältnisses, daß da die Gemeinschaftlichkeit der Appellation durch die Appellation eines Theils begründet wird, diese ergriffene Appellation rechtsbeständig eingelegt und bis zu dem im Gesetze vorausgesetzten Zeitpunct fortgesetzt seyn muß.

Was nun zunächst diesen Zeitpunct, mit welchem die Gemeinschaftlichkeit eintritt, anbetrifft, so bestimmt diesen die Const. 39 de appellat. dahin: „si appellator semel *in iudicem venerit*, et *causas appellationis* suae *proposuerit*". Gönner bemerkt hierüber: daß bei den Römern der Beschwerdelibell (causae appellationis) erst da vorgebracht worden sey, wo der Oberrichter die Appellation angenommen, und zur Behandlung der Sache beide Theile vorgeladen habe. Dies sey in der Appellationsinstanz das iudicium gewesen, und nach gemeinem deutschen Prozeßrechte erlange der Appellat das Recht der Gemeinschaft daher erst dadurch, daß nach erkannten Prozessen der Appellant es zu den eigentlichen Verhandlungen in der Appellationsinstanz kom-

19) Mehlen, üb. d. Appellation §. 13 u. 19.

men lasse [20]). Almendingen knüpft den Anfang der Gemeinschaft an den Zeitpunct, wenn der Appellant Appellationsprozesse beim höheren Richter und die Vorladung seines Gegners erwirkt hat [21]). Batz läßt die Gemeinschaft mit dem Augenblicke der erkannten Appellationsprozesse eintreten [22]), und Bayer bemerkt, das eine richtige Auslegung des Gesetzes zu dem Resultate führe, daß spätestens durch die Rechtfertigung, wenn nicht gar schon durch die Einführung der Appellation für den Gegner das Recht zu adhäriren begründet werde [23]).

Gensler [24]) endlich nimmt an: daß die Worte „causas appellationis suae proposuerit" die Gemeinschaft und Befugniß zur Adhäsion mit der Introduction der Appellation und dem Vortrag der speziellen Beschwerden eintreten.

Um diesen Punct klar und richtig zu entscheiden, muß auf das römische Verfahren zurückgegangen werden. Hiernach bestanden die, von Seiten des Appellanten beim Oberrichter vorzunehmenden, Handlungen darin daß er, wenn der Unterrichter die Appellation nicht angenommen, sich deshalb beschwerend an den Oberrichter wandte, wenn sie aber angenommen war, dem Oberrichter in gesetzlich bestimmter Zeit die Apostel und Acten überbrachte, und dadurch die Appellation einführte. Nach den Bestimmungen des Theodosischen Codex war der Tag genau bestimmt, an welchem

20) Gönner, Handb. III. S. 171—176.

21) v. Almendingen, Metaphysik. S. 180 f.

22) v. Batz, vermischte Abh. XX. §. 11 S. 270.

23) Bayer, Vorträge S. 496. Dieselbe Behauptung stellte schon Mehlen (über d. Appellation §. 16 a. Anf. u. §. 21 a. Ende) auf, dem deshalb Gönner (Handb. III. S. 174) mit Unrecht den Vorwurf macht, daß er in seinem, der Lehre von den Rechtsmitteln eigends gewidmeten Werke, von dieser Frage gänzlich geschwiegen habe.

24) Commentar üb. Martins Civ. Proz. Lehrb. II. S. 121 f.

die Einführung im Appellationsgerichte statt finden, und die Verhandlung beginnen sollte, ohne daß es nöthig war, den Appellaten, der diese Termine kannte, da er von der Einlegung des Rechtsmittels, und der von dem Appellanten etwa erlangten reparatio in Kenntniß gesetzt werden mußte [25]), zu laden. Wenn der Appellant den Termin versäumte, so verlor er das Rechtsmittel [26]). Am Tage der Einführung der Appellation begann auch regelmäßig die Rechtfertigung [27]). Für die Fortsetzung und Beendigung der interponirten und eingeführten Appellation finden wir seit Justinian feste Zeiträume von einem und längstens zwei Jahren, die ursprünglich bei Strafe der Desertion des Rechtsmittels [28]) einzuhalten waren. Das causas oder causam appellationis reddere, agere, dicere, repraesentare, proponere [29]) geschah vor dem Appellationsrichter, und sowohl diese Ausdrücke, als andere Andeutungen [30]), wornach insbesondere auch von einer praesentia der Partheien [31]), von einer responsio des Gegners die Rede war, weisen auf mündliche Verhandlung, also persönliches Erscheinen vor Gericht hin. Das Vorbringen der causae appellationis gehörte jedenfalls in das Stadium der Appellationsrechtfertigung, d. h. in jenen Theil der Appellationsverhandlung, in welchem das negotium

25) Cod. Theod. de reparat. appellat. 11, 31. Const. 5 de appellat. 7, 62.

26) S. überhaupt Bethmann-Hollweg, Handb. I. § 33. S. 356 f. Zimmern, röm. R. G. III. §. 175.

27) Nov. 119 cap. 4. Const. 32 pr. §. 4 de appellat. 7, 62.

28) Const. 5. §. 4 de temp. appellat. 7, 63.

29) Fr. 3. §. 3. Fr. 4. §. 1. Fr. 5. §. 2. Fr. 7. de appellat. 49, 1. Pauli S. R. V. 35. Const. 1. si pend. appell. 7, 66. Const. 8. de appellat. 7, 62. Const. 39 eod.

30) Const. 64 Cod. Theod. de appellat. „negotium peroratum cf. Const. un. C. Th. si pend appellat. 11. 35. Zimmern, röm. Rechtsgesch. III. §. 175. Note 1. S. 525.

31) Nov. 119. c. 4. Nov. 49. c. 1. Nov. 126.

perorirt, ad audientiam des Oberrichters gebracht wurde. Wenn deßhalb auch regelmäßig die Rechtfertigung gleichzeitig mit der Einführung vorgenommen wurde, so waren dieses doch wesentlich verschiedene Handlungen. Was nun die Thätigkeit des Appellationsrichters, und die Handlungen der Partheien zur Herbeiführung des Ausgangs der Appellationsinstanz anbetrifft, so schritt der Appellationsrichter unaufgefordert nicht zur Entscheidung, dagegen war es Grundsatz: daß er schon auf den Antrag und nach Anhörung einer Parthei eine Entscheidung geben konnte. Erschienen nun beide Partheien, so wurde zwar nicht nur der Appellant, sondern auch der Appellat mit seinem Widerspruch gehört [32], der aber früher mit Erfolg blos darauf gerichtet seyn konnte, das unterrichterliche Urtheil aufrecht zu erhalten, nicht auch darauf, eine noch günstigere Entscheidung für sich zu bewirken [33]. Erschien kein Theil, so blieb es natürlich bei der unterichterlichen Sentenz. Erschien der Appellant nicht, so konnte der Appellat einseitig die Verwerfung der Appellation aussprechen lassen. Erschien der Appellat nicht, dann setzte der Appellant, ohne eigentliches Contumacialverfahren die Sache fort [34]. An diesem Systeme hat aber Justinian nun später wesentliche Veränderungen gemacht. Er verordnete nämlich:

1) daß wenn der Appellant erscheine, und seine causas appellationis proponire, der Appellat, wenn er auch erscheine, gleichfalls seine Beschwerden gegen das Urtheil vorbringen, und zu seinen Gunsten eine reformatorische Sentenz sollte erwirken dürfen; der Richter aber, wenn der Appellant nicht erschienen war, amtswe-

---

32) Fr. 41. fam. ercisc. 10, 2. Fr. 3 de his quae in test. del. 28, 4.

33) Const. 39 de appellat. 7, 62.

34) Const. 5 de temp. appellat. 7, 63. Nov. 49 pr.

gen dessen Interessen wahrnehmen und zu seinen Gunsten reformiren sollte [35]);

2) Die Bestimmung, nach welcher binnen längstens zwei Jahren, bei Strafe der Desertion des Rechtsmittels, das Appellationsverfahren, nachdem die Appellation gehörig introducirt war, fortgesetzt und beendigt seyn mußte [36]), wurde dahin geändert, daß wenn der Appellant binnen der zweijährigen Frist nicht erscheint und die zur Beendigung des Appellationsverfahrens von seiner Seite erforderlichen Handlungen vornimmt, der Appellat ihn in dem letzten Monate der zwei Jahre zur Verhandlung auffordern, und mag sich derselbe dann stellen oder nicht, seine Gründe vortragen darf, worauf in der Sache nach ihrem wahren Verhalte erkannt werden sollte, so daß also der Ausspruch sowohl für den Appellanten als für den Appellaten ausfallen konnte [37]).

3) Endlich verordnet er in einer nicht glossirten Novelle: daß stets, mögen beide Theile, oder auch nur ein Theil bei den Verhandlungen erscheinen, das Appellationsurtheil durchaus nach der Sachlage und dem materiellen Rechte entsprechend (veritate et iure considerato causae legitime decidantur [38]) erfolgen solle.

Es geht aus dieser Darstellung hervor, daß nach den Bestimmungen des römischen Rechts die Appellationsgemeinschaft durch nichts weiter bedingt war, als dadurch, daß die Appellationsintroduction von Seiten des Appellanten stattgefunden habe. Sobald der Appellant die Formalien der Einführung gewahrt, konnte der Appellant die Appellation einseitig fortsetzen und zur Beendigung bringen. Zwar sagt die Const.

35) Const. 39 de appellat. 7, 62.

36) Const. 5 §. 4 Cod. de temp. et rep. app. 7, 63.

37) Nov. 49 cap. 1. „Volumus enim etc."

38) Nov. 126. c. 2.

39 de appellat., daß die Gemeinschaftlichkeit voraussetze, daß der Appellant auch schon causas appellationis proponirt habe, und da wenigstens die Justification der causae appellationis in den Abschnitt des Appellationsverfahrens, den wir den Rechtfertigungstermin nennen, fiel, so scheint zu folgen, daß die Gemeinschaft auch höchstens erst mit erfolgter Rechtfertigung eintreten könne. Wenn es wirklich die Absicht in der Const. 39 cit. gewesen seyn sollte, jenes festzustellen, so würde die Bestimmung durch das Novellenrecht wieder als aufgehoben betrachtet werden müssen. Es scheint aber, daß schon in Const. 39 das ganze Gewicht auf das einmalige Erscheinen des Appellaten vor dem höhern Richter, um seine Appellationssache anhängig zu machen, gelegt wird, und in dieser Stelle das causas appellationis proponere nichts weiter heißt, als seine Appellationsangelegenheit vorbringen, in welcher Bedeutung Justinian dieselben Worte im §. 1 desselben Gesetzes offenbar gebraucht. Justinian konnte von der Justification der causae appellationis um so weniger so wichtige Folgen abhängig machen wollen, als es nach römischem Rechte gar nicht wesentlich war, Appellationsbeschwerden aufzustellen. Gönner hat dagegen behauptet, daß schon nach römischem Rechte ein iudicium so lange nicht vorhanden sey, als der Appellant nicht erschienen, und nicht durch Vorbringen seiner Einwendungen (Litiscontestation) die eigentlichen Verhandlungen in der Appellationsinstanz bewirkt habe, und daß daher die Gemeinschaft des Rechtsmittels erst mit diesem Momente eintrete [39]. Allein diese Ansicht widerlegt sich einfach aus dem Gesetze selbst, denn daß hierin iudicium nicht die von Gönner unterstellte Bedeutung habe, folgt daraus, daß der Gesetzgeber dabei auch den Fall vor Augen hatte, wo der Appellat gar nicht Theil an der gerichtlichen Verhandlung nimmt. Justinian stellt keine andere

---

39) Gönner, a. a. O. S. 171—176.

Voraussetzungen, als daß der Appellant im iudicium erschienen ist, und seine Beschwerden proponirt hat. Dieses sind Handlungen, welche der Appellant, ohne alle Mitwirkung des Appellaten, blos dem Gerichte gegenüber vornimmt, und sobald diese Handlungen stattgefunden, soll das Recht der Gemeinschaft begründet, der Appellat Einwendungen zu machen berechtigt, und, in dessen Abwesenheit, der Richter des Appellaten Interesse zu wahren verpflichtet seyn. Selbst die nicht so weit gehende Ansicht welche v. Almendingen und v. Batz vertheidigen, beruht noch auf ähnlichen willkührlichen Voraussetzungen; denn v. Almendingen geht, ohne nähere Begründung davon aus, daß Justinian mit den Worten: si appellator etc., nach unserem juristischen Sprachgebrauche habe sagen wollen: „wenn der Appellant Appellationsprozesse beim höheren Richter und die Vorladung seines Gegners erwirkt habe"; und v. Batz sagt: „das Gesetz fordert nichts weiter als die dem Gericht vorgetragenen Gründe. Ohne Zweifel konnte nach dem damaligen gerichtlichen Verfahren dieser Vortrag erst nach der für rechtlich begründet erkannten Appellation geschehen, indem sich sonst das Gesetz anders ausgedrückt haben würde. So viel ist gewiß: daß vor der richterlichen Erkenntniß über die Zulässigkeit sich keine Gemeinschaft der Appellation denken läßt. Daher sind h. z. T., wo dies Erkenntniß gewöhnlich erst nach der dem Gerichte vorgelegten Beschwerdeschrift erfolgt, die erkannten Prozesse der gesetzliche Zeitpunct des für den Appellanten eintretenden Rechts der Appellationsgemeinschaft." Unbewiesen ist die Voraussetzung, daß nach römischrechtlichem Verfahren der Appellationsrichter erst ein Erkenntniß über die Zulässigkeit der Appellation gegeben habe, ähnlich unserem Erkennen der Appellationsprozesse, vielmehr ging das Urtheil des Oberrichters immer bis auf Justinian allgemein dahin: daß die Appellation begründet oder nicht be-

gründet (iusta vel iniusta) sey [40]), und erst seit der Const. 39 de appellat. 7, 62 paßte diese allgemeine Urtheilsformel insofern nicht mehr, als nun auch zu Gunsten des Appellaten reformirt werden konnte. Aber auch abgesehen hiervon ist es, bei den klaren Worten des Const. 39, eine ganz willführliche Behauptung, daß erst mit dem Ausspruche des Oberrichters über die Zulässigkeit der Appellation, und willführlicher noch, daß erst mit der insinuirten Ladung an den Appellaten, oder gar erst mit deren Erwiederung, die Gemeinschaftlichkeit der Appellation eintrete. Der Grundsatz, daß wo keine zulässige Appellation vorhanden ist, auch keine gemeinschaftliche gedacht werden kann, findet seine Rechtfertigung in den Regeln des Denkens; aber dieser Grundsatz schließt keineswegs auch den in sich: daß die Gemeinschaftlichkeit zum Zeitpuncte ihres Eintritts ein richterliches Erkenntniß über die Zulässigkeit voraussetze. Wenn das Gesetz die Gemeinschaftlichkeit mit einer bestimmten Partheienhandlung des Appellanten eintreten läßt, so ist kein Richter berechtigt den Eintritt an einen entfernteren, durch eine richterliche oder anderweitige Partheienhandlung bedingten Zeitpunct zu knüpfen. Erklärt der Oberrichter, „si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis proposuerit" daß die Appellation überhaupt unzulässig sey, dann besteht auch keine Gemeinschaftlichkeit; aber nimmt der Oberrichter die Zulässigkeit ausdrücklich oder stillschweigend als vorhanden an, dann besteht die Gemeinschaftlichkeit nach ausdrücklicher und wörtlicher gesetzlicher Disposition seit der Zeit, wo der Appellant erschienen ist, und seine causas appellationis proponirt habe. Daß aber auch die deutsche Reichsgesetzgebung in der That nichts weiter als die Einführung

---

40) Fr. 6. de his qui not. 3, 2. Fr. 39 pr. de min. 4, 4. Fr. 20. Fr. 57. f. de adm. tut. 26, 7. Fr. ult. de re iud. 42, 1. Fr. 122. §. 5. de V. O. 45, 1. Fr. 24. pr. de appellat. 49. 1. Fr. 2. pr. quando appell. 49, 4. Const. 6 de app.

der Appellation zur Begründung der Gemeinschaftlichkeit voraussetzte, ist schon oben (§. 5) nachgewiesen. Praktisch ist es sehr wichtig, ob diese oder die jenseitige Ansicht richtig ist, weil es davon abhängt, ob der Appellant, nachdem er im iudicium erschienen, und die causas appellationis proponirt hat, nun doch noch durch Desertion und Verzicht verhindern darf, daß der Oberrichter weder durch Anträge des Appellaten, noch, nach Lage des Falles, per suum vigorem veranlaßt, das Urtheil zu Gunsten des Appellaten reformiren darf.

Die jenseitige Ansicht, welche den gesetzlichen Zeitpunct des für den Appellaten eintretenden Rechts der Appellationsgemeinschaft, nicht an den Augenblick der Einführung, sondern an eine spätere Handlung des Gerichts oder des Appellaten knüpft, führt jedenfalls zu einer Menge anderer Zweifel und Unbestimmtheiten. Denn zunächst frägt sich, was unter erkannten Appellationsprozessen zu verstehen sey, ob vollständige oder auch unvollständige? Je nachdem man das eine oder andere annimmt, ist der Zeitpunct ein ganz verschiedener; da bekanntlich in der Regel vollständige Appellationsprozesse nicht auf einmal erkannt werden. Sodann würde in den Fällen, in welchen nach unserem heutigen gemeinen deutschen Prozeßrechte ein oberrichterlicher Bescheid, ohne Erkennung von Appellationsprozessen stattfindet, gar keine Appellationsgemeinschaft stattfinden, und da unter solcher Voraussetzung sogar eine reformatorische Verfügung erfolgen kann, der Oberrichter sonach in das Materielle der Sache eingehen mußte und eingegangen war, so würde die ihm durch die jenseitige Theorie entzogene Möglichkeit, nach Anleitung der Const. 39 de appellat. auch zu Gunsten des Appellaten zu reformiren, den Oberrichter in manchen Fällen zu einer Rechtskränkung nöthigen.

§. 8.

Zu den Erfordernissen der Appellationsgemeinschaft zählt man auch noch, daß von Seiten des Appellaten nicht auf

die Appellation verzichtet, und daß derselbe nicht die Appellationsförmlichkeiten angefochten habe, und nennt dieses Hindernisse der Zulassung zur Appellationsgemeinschaft, auch wohl negative Erfordernisse.

Daß ein rechtsbeständiger Verzicht auf ein Rechtsmittel dessen Verfolgung ausschließt, versteht sich von selbst, so wie, daß darüber, in wiefern ein solcher Verzicht zulässig und als vorhanden anzunehmen sey, die allgemeinen Grundsätze gelten [41]). Dabei ist nun aber nicht zu übersehen, daß die in den Gesetzen, und ganz besonders im römischen Rechte aufgestellten Grundsätze blos den Fall eines Verzichts auf eine selbstständig zu ergreifende oder ergriffene Appellation vor Augen haben. Es kann gleichwohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß auch auf die Vortheile der Appellationsgemeinschaft gültig verzichtet werden kann, und daß die Frage über den Umfang und die Rechtsbeständigkeit eines solchen Verzichts gleichfalls nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Dagegen scheint aber auch eben so gewiß zu seyn, daß daraus, daß Jemand auf eine selbstständig zu ergreifende oder ergriffene Appellation verzichtet hat, nicht auch gefolgert werden darf, daß er auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinschaft verzichtet habe. Justinian erinnert ja selbst in der nämlichen Constitution, worin er jene Appellationsgemeinschaft eingeführt, daran, daß er dadurch denjenigen Hülfe gewähren wolle, die nicht selbstständig Appellation ergriffen haben, die also nach der gewöhnlichen Betrachtungsweise wenigstens in der Lage eines Verzichtenden sind. Das Institut der Appellationsgemeinschaft hatte also gewissermaßen den Zweck die Folgen eines stillschweigenden, in concludenten Handlungen, hier in einer Omission liegenden, Verzichtes für den Appellaten wirkungslos zu machen. Daß nun aber ferner daraus, daß nach eingelegter und verfolgter Appellation des einen Theils, aus dem Nichthandeln

41) S. darüber Archiv. XIV. Abh. 1. u. 8.

des andern Theils kein stillschweigender Verzicht auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinschaft gefolgert werden darf, fließt gleichfalls aus der wesentlichen Beschaffenheit des Instituts selbst, indem darnach das Richteramt angewiesen ist per suum vigorem ejus partes admplere, woraus hervorgeht, daß es zu dem eigenthümlichsten Wesen unseres Instituts gehört, daß im Nichthandeln kein stillschweigender Verzicht gefunden werden soll. Dagegen wird man annehmen müssen, daß allerdings auch rechtsbeständig ein Verzicht auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinschaft zulässig ist, wenn er aus solchen ausdrücklichen Erklärungen oder concludenten Handlungen abgeleitet werden kann, die zu der Annahme nöthigen, daß der Verzichtende gerade auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinschaft hat verzichten wollen.

Geht man sonach von der Ansicht aus, daß aus einem Verzichte auf eine selbstständige Appellation gegen ein Urtheil niemals ein Verzicht auf die Appellationsgemeinschaft gefolgert werden darf, so erledigen sich dadurch auch die Fragen: ob durch die Bitte um Execution des Erkenntnisses, durch Vollziehuug der richterlichen Auflagen, dadurch, „daß man sich der Urthel bedankt", man auf die Appellationsgemeinschaft verzichtet habe [42]. Wenn hierin im concreten Falle auch ein Verzicht auf eine selbstständige Appellation liegen mag, so liegt darin um so weniger ein Verzicht auf die Appellationsgemeinschaft, als jene Handlungen sichtbar auf der Voraussetzung beruhen, daß das Urtheil nicht weiter Gegenstand eines Appellationsverfahrens werden solle. Sobald durch die Appellation des Gegners diese Voraussetzung aufgehoben, und dadurch dem Appellaten die Wohlthaten der Gemeinschaftlichkeit eröffnet sind, ist die Lage seiner Rechtssache eine

42) Der Verzicht wird widersprochen von P. M. Wernher Obs. pract. (edit. de 1701) s. voce. Bedenken. Dagegen Hoch a. a. O. S. 31—43.

ganz andere geworden, als sie in dem Augenblicke war, wo er jene in Frage gestellten Handlungen vorgenommen hat.

Auch die fernere Behauptung, daß der Appellat, um die Appellations-Gemeinschaft genießen zu können, nichts gegen die Richtigkeit der von dem Appellanten beobachteten Fatalien und Formalien der Appellation eingewendet haben dürfe, möchte sich nicht zureichend rechtfertigen lassen. Der Appellat welcher die gehörige Beobachtung der Formalien bestreitet, und auf Desertion anträgt, hält sich nur in der Consequenz, in welcher er auch keine selbstständige Appellation gegen einen Spruch einwandte, den er von Anfang an vielleicht für beschwerend hielt, d. h. er will lieber bei dem erfolgten Spruche sich beruhigen, als ein noch vortheilhafteres Erkenntniß vermittelst Durchfechtung der Appellationsinstanz erringen. Daß dieses ein Hauptzweck für ihn ist, beweist die Unterlassung der selbstständigen Appellation. Wenn nun das Gesetz ihm unbedingt die Gemeinschaft des Rechtsmittels zusichert, in der Bestreitung der Formalien nicht im entferntesten ein Verzicht auf jene gesetzliche Wohlthat liegt, durch die Bestreitung auch nichts weiter beantragt wird, als was der Appellationsrichter schon amtlich zu erwägen hat, so ist auch nicht einzusehen, mit welchem Grunde man den Appellaten von der Gemeinschaft ausschließen will. Die Appellationsgemeinschaft ist nicht dadurch begründet, daß der Appellat die Appellation für zulässig hält, sondern dadurch, daß sie es wirklich ist. Deßhalb kann eine irrige Ansicht des Appellaten über die Zulässigkeit auch nichts entscheiden. Es sind hier deßhalb auch keine Unterscheidungen zu machen, ob der Appellat sein Gesuch um Zulassung zur Appellationsgemeinschaft eventuell eingerichtet, oder unbedingt simultanisch mit dem Antrage auf Desertionserklärung gehäuft hat [43]; denn die Gemeinschaft hängt von seinen Anträgen

---

43) Hoch a. a. O. S. 44 ff. macht solche Distinctionen.

ja überhaupt nicht ab, ist in keiner Weise dadurch bedingt.

Rücksichtlich der Frage endlich: ob dem Appellaten, der zwar selbstständig appellirt hatte, dessen Appellation aber auf irgend eine Weise desert geworden ist, doch die Vortheile der Appellationsgemeinschaft aus der gegnerischen Appellation verbleiben? unterscheidet man: ob die Hauptappellation des Appellaten andere Urtheilspuncte berührt habe, als diejenigen sind, hinsichtlich welcher der Appellation des Gegners inhärirt werden will, und nach Maßgabe der Beschaffenheit der Puncte, gegen welche Letzterer appellirt hat, an und für sich inhärirt werden könnte, oder ob es ganz oder zum Theil die nämlichen sind, und behauptet, soweit es die nämlichen dazu trennbaren Puncte seyen, wegen welcher der Appellat bereits die später jedoch deserirte Hauptappellation ergriffen habe, so könne er offenbar auch nicht mehr adhäriren; denn er habe ja durch die Desertion seiner Hauptappellation auf diesfallsige Beschwerden verzichtet; solche können also unter keinerlei Form wieder geltend gemacht werden. Wäre aber sogar die deserirte appellatische Hauptappellation generell construirt gewesen, so höre offenbar eine Adhäsion gänzlich auf, weil durch Desertion dieser generellen Appellation auf jedwede Beschwerde verzichtet worden sey. Wären es dagegen nicht die nämlichen Erkenntnißpuncte, gegen welche der Gegner des inhäriren wollenden Appellaten die Appellation ergriffen, so sey die Adhäsion keinem Anstande unterworfen, da der Appellat durch Desertion seiner Hauptappellation blos auf die Beschwerden gegen jene Erkenntnißpuncte, gegen welche er appellirt, verzichtet habe [44]). Aber auch die Unterscheidungen, fließend aus falschen Grundsätzen über unser Institut, sind der Absicht der Gesetze über dasselbe, und dessen Geiste durchaus fremd. Wer appellirte, aber seine

---

44) Hoch, a. a. O. §. 60.

Appellation desert werden ließ, kann nicht nachtheiliger in der Sache behandelt werden, als einer der gar nicht appellirte, denn der Erstere hat sogar noch einigen Fleiß mehr angewendet, als der Letztere. Justinian beabsichtigte zudem, den streitenden Theilen eine größere Fürsorge zuzuwenden, als sie selbst bei gehöriger Aufmerksamkeit (forsitan *ipsi vigilantes*) bewirken möchten. Das Institut der Appellationsgemeinschaft führt in seiner gesetzlichen Bedeutung ohnehin zu dem Ergebniß, daß wenn ein Theil appellirt hat, die Appellation des andern ein ganz überflüssiges Beginnen ist, weil der Appellat ja alles dasjenige auf dem Wege der s. g. Adhäsion wahren kann, was ihm je eine selbstständige Appellation sicherte; man kann die Richtigkeit dieser Ansicht nur, von irrigen Ansichten ausgehend, bestreiten. Die Ansicht in der Desertion einen Verzicht zu finden, führt schon bei anderen Fragen zu Consequenzen, die sich als irrig nachweisen lassen; und dasselbe ist hier der Fall, und man möchte fragen: ob derjenige, der gar nicht appellirte, dann weniger als verzichtend betrachtet werden darf, als der Appellant, dessen Appellation desert geht? Ist bei einem bestimmten Institute der angebliche Verzicht des Ersteren nicht nachtheilig, so kann es auch ohne ausdrückliches Gesetz der des Letzteren nicht seyn! Gerade für die nicht hinlänglich Vorsichtigen wollte der Gesetzgeber sorgen, und das ist sowohl der, dessen Appellation desert geht, als der, der überhaupt nicht appellirte. Beide sind also gleich zu behandeln.

§. 9.

Verschieden von der Frage: mit welchem Zeitpuncte die Gemeinschaftlichkeit der Appellation eintrete? ist eine andere: ob, wenn der Appellat gegenwärtig ist, nur dann zu seinen Gunsten der Appellationsrichter sprechen darf, wenn er ausdrücklich auf Abänderung des Urtheils anträgt?

Gönner lehrte in dieser Beziehung: daß die Ansicht derjenigen, welche behaupten, daß die Gemeinschaft der Ap-

pellation von selbst stattfinde, und deshalb keine Erklärung des Appellaten nothwendig wäre, irrig sey. Das Gesetz mache einen Unterschied, ob der Appellat gegenwärtig sey oder nicht, im ersten Falle stelle das Gesetz es ganz seiner Willkühr anheim, ob er dem Urtheile etwas entgegensetzen wolle; und nur da, wo er dieses wirklich thue, werde dem Richter die Macht ertheilt, das Urtheil zu seinem Vortheil abzuändern. Sonnenklar erkläre das Gesetz die Wirkungen der Gemeinschaft eines Rechtsmittels bei einem anwesenden Appellaten als bedingt durch die Forderung desselben, daß auch zu seinem Vortheil das Urtheil abgeändert, daß auch seine Beschwerde gehoben werde. Diese Erklärung oder Forderung mache die eigentliche Adhäsion aus; dies sey also von der Wohlthat der Gemeinschaft der Rechtsmittel unzertrennbar, sie sey von ihr eigentlich nicht verschieden, sondern nur die Bedingung, unter welcher die Wirkungen der Gemeinschaft in die Wirklichkeit übergehen können. Die Unterlassung dieser ausdrücklichen Erklärung müsse als ein Verzicht angesehen werden, denn dadurch erkläre der Appellat in einer sehr concludenten Handlung, daß er mit dem Urtheil zufrieden sey, und er beschränke sein Recht auf Bestätigung des Erkenntnisses. So wenig der Richter Rechte von Amtswegen anerkennen, oder ultra petita partium sprechen dürfe, so wenig dürfe er amtswegen dem Appellaten Vortheile zusprechen, welche derselbe nicht in Anspruch genommen [45].

Almendingen dagegen scheint sich selbst zu widersprechen [46], denn er erklärt unmittelbar aufeinanderfolgend, in

45) Gönner, Handb. III. S. 177 f.

46) Wenn Batz a. a. O. S. 267. Almendingens Metaphysik S. 167. 168 mit Gönners Ansicht zusamenstellt, so beruht dieses auf einem Mißverständniß, denn die Ansicht, welche Almendingen a. a. O. S. 167. 168 entwickelt, betrachtet er selbst nur als eine gelehrte Demonstration, die er durch die Aeusserungen auf S. 169 a. E. und dann S. 183 f. selbst widerlegt.

derselben Abhandlung eine solche Erklärung für nothwendig [47]), und für überflüssig [48]). Batz endlich lehrt zwar, daß der Appellat, welcher von dem gemeinschaftlichen Rechte Gebrauch machen wolle, dieses ausdrücklich oder stillschweigend durch An- und Ausführung seiner Beschwerden erklären, d. h. abhäriren müsse; und diese Handlung sey weder überflüssig noch ein Wortspiel, wenn man nicht Gemeinschaft der Appellation als Recht mit deren Gebrauch als Factum für einerlei halten wolle. Batz unterscheidet sonach sehr scharf die Erklärung abhäriren zu wollen, von den Anträgen des Appellaten auf Abänderung der Sentenz, und bemerkt deshalb auch, daß Gönner die Adhäsion mit der rechtlichen Bitte des Appellaten um Abänderung des Urtheils verwechselt, und vorausgesetzt habe, daß letztere der ausdrücklichen Erklärung, sich der Rechtswohlthat der gemeinschaftlichen Appellation bedienen zu wollen, angehängt werden müsse [49]). Wir sind der Ansicht, daß, nachdem durch die Einführung der Appellation das Rechtsmittel gemeinschaftlich geworden ist, dem Gesetze nach der anwesende Appellat zwar Einwendungen gegen das Urtheil vorzubringen befugt ist, und hierin der durch concludente Handlung erklärte Wille adhäriren zu wollen, liege; daß aber weder hierdurch noch durch eine ausdrückliche Erklärung adhäriren zu wollen, noch weniger durch bestimmte Anträge auf Abänderung des Spruchs, die Zulässigkeit eines zu Gunsten des Appellaten abzufassenden Erkenntnisses bedingt ist. Wir gehen also in jeder Beziehung noch weiter als Batz. Das Gesetz kündigt ausdrücklich an, daß es Absicht des Gesetzgebers sey, für die Partheien in größerem Maaße zu sorgen, als es ihnen selbst je gelingen könne (*ampliorem* providentiam subjectis conferentes, quam forsan *ipsi vigilantes* inveniunt), und

---

47) v. Almendingen a. a. O. S. 183.
48) v. Almendingen a. a. O. 185.
49) Batz a. a. O. S. 266 – 270.

fährt dann fort, daß zwar der gegenwärtige Appellat Einwendungen vorbringen, und der richterlichen Berücksichtigung gewiß seyn dürfe, daß aber selbst, wenn er abwesend sey, der Richter amtlich seine Interessen wahren solle. Es hat nun allerdings, besonders wenn man unsern heutigen gemeinen Prozeß mit seinen Ladungen und seinem Contumazialverfahren, mit den gewöhnlichen Begriffen von Verhandlungsmaxime und von dem Grundsatze ne ultra petita partium, vor Augen hat, viel Schein für sich, wenn man davon ausgeht, daß amtliches Vertreten einer Parthei durch den Richter als etwas, das den Hauptgrundlagen des Prozesses widerspreche, als eine Ausnahme von der Regel, ganz enge in den Gränzen gehalten werden müsse, die durch ein, an sich sehr exorbitantes Institut gesetzlich gezogen seye, und daß, wenn am Ende auch einige Billigkeit dafür spreche, den abwesenden Appellaten durch den Richter vertreten zu lassen, für den anwesenden doch auch dieser Grundsatz fortfalle. Allein diese ganze Betrachtungsweise ist doch nur scheinbar. Um die Justinianische Verordnung in ihrer Bedeutung richtig zu würdigen, muß man sie nicht aus dem Standpuncte unserer heutigen Prozeßtheorien, sondern aus dem Standpuncte betrachten, den die Umgebungen des römischen Prozesses darbieten. Hiernach war auf die Anwesenheit des Appellaten gar nicht gerechnet, er durfte erscheinen und wurde dann mit seinem Widerspruche gehört, aber der Fortgang der Verhandlung war dadurch nicht im mindesten bedingt. Wenn nun Justinian im J. 530 an diesem Verfahren gar nichts, sondern nur darin eine Aenderung treffen wollte, daß auch zu Gunsten des Appellaten Aenderungen des Spruchs amtswegen vorgenommen werden sollten, und bei der Gelegenheit bemerkt, daß der anwesende Appellat, wenn er wolle, auch Einwendungen vorbringen dürfe, so folgt daraus nicht, daß der abwesende Appellat rücksichtsvoller noch behandelt werden solle, als der anwe-

sende, im Gegentheile in dem Worte „nihilominus" des Gesetzes liegt wohl klar, daß der Gesetzgeber aussprechen wollte, eine Rücksicht, die das Richteramt dem anwesenden angedeihen lassen solle, dürfe auch dem abwesenden nicht entzogen werden. Es ist in der That auch kein Grund aufzufinden, aus welchem eine Parthei, die ein besonderes Interesse für ihre Sache dadurch an den Tag legt, daß sie Mühe und Kosten nicht scheut, zu erscheinen, und nach Kräften ihre Sache zu unterstützen, von dem Richter weniger berücksichtigt zu werden verdiene, als eine andere, die sich solche Mühe nicht giebt. Das Gegentheil annehmen, heißt die Aufmerksamkeit strafen, und die Gleichgültigkeit belohnen.

Daß aber die Pflicht des Richters, zu Gunsten des Appellaten nach dem Erfolge der Untersuchungen zu sprechen, nicht dadurch bedingt ist, daß derselbe ausdrücklich oder stillschweigend adhärirt, oder gar bestimmte Beschwerden aufstellt, und Anträge auf Abänderung bildet, folgt schon daraus, daß das Gesetz von allem dem nichts weiß, wohl aber geradezu den Fall voraussetzt, wo nur der eine Theil causas appellationis proponirt, der andere aber sich beruhigt hat. Die Worte „si quid iudicatis opponere maluerit" können in keinem Falle so verstanden werden, daß bestimmte Beschwerden gebildet, und Anträge gestellt werden müßten. Sie enthalten allerdings in so fern etwas Neues, als bis zu dieser Constitution die Vorträge des Appellaten nur auf **Rechtfertigung** des Spruchs, und auf Widerspruch gegen die appellantischen Anträge, wirksam gerichtet seyn konnten; durch die Constitution aber auch Einwendungen und Beschwerden gegen das Urtheil als zuläßig und vom Richter zu berücksichtigen, anerkannt wurden, aber die erweiterte Aufgabe der Thätigkeit des Oberrichters wurde dadurch auch dem **anwesenden** Appellaten gegenüber nicht wieder beschränkt. Jedenfalls scheint das Novellenrecht über die Absicht **Justinians** auch in dieser Beziehung keinen erheblichen Zweifel übrig zu lassen.

§. 10.

Um den Umfang der Appellationsgemeinschaft richtig zu bestimmen, muß man vorerst an den möglichen Umfang der Beschwerden, die für die Partheien in dem Urtheile liegen können, erinnern. Eine Sentenz kann für beide Theile beschwerend schon dann seyn, wenn die Sentenz nur über einen Streitpunct Entscheidung zu geben hatte, und hierüber entschieden hat; in der Regel wird in einem solchen Falle doch nur eine Parthei möglicherweise Beschwerde zu führen Veranlassung haben. Gewöhnlicher ist eine Beschwerdeführung von beiden Theilen anzunehmen, wenn eine Sentenz mehrere Puncte zur Entscheidung bringt, und jeder der streitenden Theile hierin theils für, theils gegen seine Anträge und Bitten geurtheilt findet. Die mehreren Puncte ein und desselben Urtheils können in solchem Falle entweder mit einander in innerer Verbindung stehen, so daß sie sich gar nicht trennen lassen, und wegen dieser Verbindung aus ein und demselben Grundsatze entschieden werden mußten, deßhalb gewissermaßen doch als ein Punct zu betrachten sind; oder die mehreren Puncte sind durchaus verschieden, und nicht mit einander verbunden, so daß weder ein gemeinschaftlicher Entscheidungsgrund als nothwendig leitende Norm vorhanden ist, noch ein Punct von dem andern abhängt, die Verbindung also blos formell ist, wie sie durch objective Klagen häufig am einfachsten oft veranlaßt wird, in welchem Falle dann eben so gut mehrere Klagen hätten angestellt werden können, wodurch alsdann eben so viele verschiedene getrennte Sentenzen hervorgerufen worden wären, die jetzt in einem Urtheile formell in Verbindung gebracht worden sind. In Bezug auf diese möglichen Fälle bemerkt Mehlen [50], daß die Justinianische Verordnung so allgemein abgefaßt sey, daß nach dem Sinne derselben, ohne Unter-

---

50) Mehlen, über die Appellation §. 14 15.

schied, und ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob die Sentenz einen oder mehrere Puncte enthalte, und ob ein einziger, oder mehrere, verbundene oder nicht verbundene Puncte angefochten seyen, der gegenwärtige Appellat in allen Fällen befugt seyn solle, nach geschehener Einführung und Rechtfertigung der Appellation seine Beschwerden gleichfalls vorzutragen. Allein durch den allgemeinen Gerichtsgebrauch werde die angeführte justinianische Verordnung eingeschränkter erklärt, und die Gemeinschaft der Appellation könne nur in so fern eintreten, als die Sentenz durch die Appellation angefochten, und von der Rechtskraft suspendirt worden. Diejenigen Puncte der Sentenz also, von welchen nicht appellirt sey, und die Rechtskraft erhalten haben, seyen keiner weitern Abänderung fähig. In Gemäßheit dieser Usual-Interpretation müsse man also darauf Rücksicht nehmen: 1) ob eine Sentenz mehrere ganz verschiedene und nicht miteinander verbundene Puncte enthalte; hier komme es darauf an: a) ob der Appellant die ganze Sentenz mittelst der Appellation von der Rechtskraft suspendirt habe? in diesem Falle einer allgemeinen Appellation, finde eine allgemeine Appellationsgemeinschaft statt; b) oder ob der Appellant nur von einem oder dem andern bestimmten Puncte der Sentenz appellirt habe; in diesem Falle einer eingeschränkten oder partikulären Appellation trete die Gemeinschaft blos in Ansehung desjenigen Punctes ein, von welchem appellirt sey. Finde sich der Appellat also in Ansehung eines andern, nicht angefochtenen Punctes beschwert, so müsse er von diesem, für ihn allein nachtheiligen Punct besonders appelliren und seine eigene und besondere Appellation binnen 10 Tagen einwenden und gehörig fortsetzen; 2) oder ob eine Sentenz nur einen einzigen, oder mehrere mit einander genau verbundene Puncte in sich fasse. Hier finde eine allgemeine Gemeinschaft der Appellation statt, wenn gleich der Appellant nur einen einzigen von mehreren verbundenen Puncten angefochten habe.

In derselben Schrift bemerkt Mehlen einige Paragraphen später [51]: die Gemeinschaft der Appellation finde nach den Gesetzen von selbst statt, und es bedürfe deßhalb keiner Erklärung des Appellaten. Von dieser Gemeinschaft sey die Adhäsion verschieden, denn diese sey eine ausdrückliche und zwar gerichtliche Erklärung, daß man eben dasselbe Suspensivmittel, welches ein anderer eingewandt habe, gebrauchen wolle. Diese Erklärung geschehe entweder vor Ablauf der zehntägigen Nothfrist des rechtskräftigen Erkenntnisses oder nach Ablauf dieser Frist. Jene heiße eine Prinzipal-Adhäsion, diese eine accessorische. Die erstere sey ein eigenes besonderes Rechtsmittel, und verdiene kaum eine Adhäsion genannt zu werden. Mit der accessorischen habe es eine andere Bewandtniß. Sie geschehe nach Ablauf der 10tägigen Nothfrist, und sey bloß als ein Accessorium von der bereits eingewandten Appellation zu betrachten. Sie gehe folglich 1) blos auf diejenigen Puncte, von welchen appellirt worden. Wenn also eine Sentenz mehrere nicht verbundene Puncte enthalte, und der Appellant nur von einem Puncte appellirt habe, so könne die accessorische Adhäsion sich auch nur auf den einen Punct erstrecken; erhalten sie 2) als ein Accessorium bloß durch die gegenseitig geschehene Haupteinwendung, welcher beigetreten worden, Kraft und Wirkung. Sie gehe also insonderheit bei Appellationen verloren, wenn der Appellant vor der Einführung und Rechtfertigung der Appellation, sich derselben begeben habe.

Auch Gönner behauptet, daß die Appellationsgemeinschaft sich nur auf diejenigen Puncte des Urtheils beschränkt, gegen welche der Appellant seine Appellation gerichtet habe, und führt zur Begründung dieser Behauptung an: Gemeinschaft der Appellation setze doch immer eine Appellation vor-

---

51) Mehlen, a. a. O. §. 19, 20, 21.

aus, diese sey aber nicht vorhanden in Ansehung der Puncte, welche als unangefochten in die Rechtskraft übergehen. Justinians Gesetz setze aber immer ein Urtheil voraus, dessen Rechtskraft durch ein Rechtsmittel gehemmt worden. Man müsse also auch bei einem aus mehreren Puncten bestehenden Erkenntnisse das Gesetz nur auf die nicht rechtskräftige Puncte anwenden [52]. In ähnlicher Weise, und bestimmter noch, drückte man sich bei dem herzogl. nassauischen Oberappellationsgerichte aus, wo es heißt: es ergiebt sich erst aus der Rechtfertigungsschrift, welche Theile des Erkenntnisses der Appellant als beschwerend angreift, gegen welche also seine Appellation gerichtet ist. Mag er auch gegen das Urtheil im Allgemeinen die Berufung eingelegt haben, so wird dadurch noch keine Gemeinschaft derselben für den Appellaten erworben. Die Freiheit des Appellanten, die Gegenstände seiner Beschwerdeführung, welche er dem Erkenntnisse des Oberrichters unterwerfen will, in seiner Rechtfertigungsschrift zu bezeichnen, mithin nur theilweise eine Reformation des unterrichterlichen Erkenntnisses nachzusuchen, wird dadurch so wenig, als seine Freiheit, die Appellation ganz fallen zu lassen, beschränkt. Das Urtheil, welches mehrere verschiedene Streitpuncte umfaßt, enthält eben so viele besondere Entscheidungen einzelner Gegenstände, also eben so viele einzelne Urtheile. Diejenigen, welche er unangefochten läßt, gegen welche also seine Berufung nicht gerichtet war, sind in Rechtskraft übergegangen. Die Gemeinschaft der Appellation kann also nur von den von ihm angefochtenen, mithin durch die Appellation in ihrer Rechtskraft gehemmten Gegenständen verstanden werden. Nur in Ansehung dieser erlangt der Appellat ein Recht, eine Abänderung des Erkenntnisses zu seinem Vortheile zu verlangen, nur auf diese ist

52) v. Gönner, a. a. O. S. 170. f. S. auch v. Bayz a. a. O. S. 266. §. 11. Hoch v. d. accessor. Appellations-Adhäsion. S. 22 f. §. 33.

seine Adhäsionsbefugniß beschränkt, alle übrigen sind, als ausser dem Umfange der durch die Appellation bezweckten Rechtsverbesserungen liegend, für die accessorische Adhäsion verloren [53]. Prüft man diese verschiedenen Ansichten näher, so überzeugt man sich bald daß zunächst bei Mehlen insofern eine unklare Begriffsbestimmung zu Grunde gelegt ist, als er die Adhäsion, nach der gewöhnlichen Theorie in eine prinzipale und accessorische abtheilt, zwar selbst bemerkt, daß die prinzipale Adhäsion ein selbstständiges Rechtsmittel erscheine, und kaum den Namen Adhäsion verdiene [54]; aber doch wieder davon spricht, daß man wegen derjenigen Puncte, wegen welcher die accessorische Adhäsion nicht ausreiche, besonders appelliren, oder prinzipaliter adhäriren, oder ein anderes Suspensivmittel einwenden müsse [55]; daß er ferner die Adhäsion als etwas von der Gemeinschaft der Appellation Verschiedenes betrachtet, aber doch wieder dieselben Grundsätze anwendet. Im übrigen hat, nach unserer Ansicht Mehlen den Sinn der justinian. Verordnung über den Umfang der Gemeinschaft der Appellation richtig angegeben. Denn was die Entgegnungen Gönners und Anderer anbetrifft, so ist es allerdings zuzugeben, daß Gemeinschaft der Appellation immer eine Appellation voraussetze, und daß diese nicht vorhanden sey in Ansehung der Puncte, welche als unangefochten in die Rechtskraft übergegangen seyen; aber das ist eine unbewiesene Voraussetzung, daß alle Puncte einer Sentenz, welche der Appellant unangefochten gelassen, in die Rechtskraft übergehen, und auf die Richtigkeit dieser Voraussetzung ist gleichwohl die jenseitige Ansicht gebaut. Gönner selbst lehrt, daß durch die Appellation nicht nur gerade diejenigen Puncte, gegen welche dieselbe

53) W. v. Rahner, Samml. d. merk. Entscheidungen des O. A. G. zu Wiesbaden. B. 2. S. 6 f.

54) Mehlen, a. a. O. §. 20.

55) Mehlen, a. a. O. §. 21.

unmittelbar gerichtet war, von der Rechtskraft suspendirt werden, sondern auch diejenigen, welche mit den durch Appellation angefochtenen in einer unzertrennbaren Verbindung stehen [56]. Auf die unzertrennbar verbundenen Puncte hätte deßhalb Gönner folgerichtig die Gemeinschaft der Appellation wenigstens ausdehnen müssen, denn daß dieser, in der Natur der Sache liegende Grundsatz auch für das römische und jedes Recht paßt und Gültigkeit hat, bedarf wohl keiner näheren Ausführung. Ob nun aber nach dem röm. Rechte vor der Const. 39 de appellat. überhaupt rücksichtlich der Appellation der Grundsatz gegolten habe, daß die nicht ausdrücklich sofort angegriffenen Puncte, welche mit angegriffenen in keiner unzertrennbaren Verbindung standen, in Rechtskraft übergegangen, ist noch lange nicht überzeugend nachgewiesen, und der Verfasser glaubt dagegen nicht ganz unerhebliche Zweifel an einem andern Orte erhoben zu haben [57]; und sobald man zuzugestehen geneigt wäre, daß nach römischem Rechte der Appellant bei Gelegenheit der Justification ganz nach seinem Interesse die Beschwerden wechseln, und solche, die er bei der Interposition nicht aufgestellt hatte, mit Erfolg aufstellen und rechtfertigen konnte, so muß man auch zugeben, daß nach röm. Rechte unmöglich Rechtskraft dadurch entstehen konnte, daß man einzelne Theile des Urtheils nicht binnen der Interpositionsfatale angegriffen hatte. Da aber bis zur Const. 39 cit. im römischen Rechte auch für das Appellationsverfahren der Grundsatz galt, daß nicht über die Anträge der Partheien hinaus erkannt werden sollte, so lag hierin allerdings für den Oberrichter ein Hinderungsgrund, an der unterrichtlichen Sentenz mehr zu reformiren, als worauf die Anträge des Appellanten gerichtet waren. Der Grund lag sonach nicht in der Rechtskraft, sondern in dem Umfange der Bitten des Appellanten zu Gunsten des Appella=

56) Gönner, Handb. III. S. 158. 246.

57) Zeitschrift für Civilrecht und Proz. IX. 3. Abh. 10.

ten als solchen, d. h. insofern er nicht selbstständig appellirt hatte, war bis zur Const. 39 cit. nun aber die Sentenz allerdings nicht reformationsfähig, und er nicht befugt, mit Erfolg darauf Anträge zu stellen. Indem aber die justinianische Gesetzgebung seit der erwähnten Constitution in dieser Beziehung eine Abänderung zu treffen beabsichtigte, und zu dem Ende ausdrücklich gesagt ist: sobald der Appellant einmal vor dem Appellationsrichter erschienen, und seine Appellationsangelegenheit vorgebracht habe, solle auch der Appellat befugt seyn: „si quid iudicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et iudiciale mereri praesidium," so muß man, gerade wenn man, wie Gönner mit Recht will, den Sinn der Worte Justinians aus dem ganzen Gesetze erklärt, zu dem Resultate gelangen, daß der Appellat befugt war, das Urtheil in allen seinen Theilen anzugreifen. Denn daß er es in den Puncten angreifen durfte, gegen welche der Appellant noch Beschwerde führen durfte, wird selbst von den Gegnern zugestanden; da es nun aber der Appellant in allen Puncten angreifen konnte, ohne Rücksicht darauf, ob er die Beschwerdepuncte früher speziell hervorgehoben hatte oder nicht [58], so mußte diese Befugniß nach der Const. 39 cit. auch dem Appellaten zustehen. Denn das folgt aus dem ganzen Inhalte des Gesetzes, daß in Bezug auf das Recht Abänderungen des vorigen Urtheils zu verlangen, der Appellat eben so befugt seyn sollte, als der Gegner; ja es sollte sogar der Richter in Abwesenheit des Appellaten amtlich für ihn sorgen.

So sehr es hiernach richtig steht, daß vor der Einführung der Beschwerden durch den Appellanten keine Gemeinschaft der Appellation begründet ist, und daß bis zur Einführung es von dem Appellanten abhängt, durch ausdrücklichen Verzicht auf das ganze Rechtsmittel, oder dadurch, daß er es desert werden läßt, den Eintritt der Appellationsgemeinschaft gänzlich zu verhindern; eben so gewiß dürfte es aber auch seyn, daß, wenn der Appellant einmal vor dem Appellationsrichter erschienen ist, und seine Appellation eingeführt hat, es nun von seinem Willen und Benehmen nicht mehr abhängt, den Appellaten die ihm in solchem Stadium des Prozesses gesetzlich zugesicherte Zuständigkeit, seinerseits gegen die Entscheidung, in ihrem ganzen Umfange, Einwendungen zu machen und Abänderung zu seinen Gunsten zu begehren, zu beschränken. Wenn selbst je im römischen Rechte der Grundsatz gegolten hätte, daß diejenigen Puncte eines Ur-

58) Fr. 3. §. 3. de appellat. 49, 1. Zeitschrift für Civil. u. Proz. XI. S. 315. f.

theils gegen welche nicht speziell gravaminirt worden, in Rechtskraft übergegangen wären, so würde seit Justinians mehrerwähnten Const. 39 und der Novellen, jener Grundsatz folgerichtig als sehr modifizirt angenommen werden müssen, und wenn man mit Gönner annehmen wollte, daß Justinian bei Erlassung der Constitution so bestimmt den Unterschied zwischen rechtskräftigen und nichtrechtskräftigen Puncten des in Frage stehenden Urtheils vor Augen gehabt habe, so würde es doch der Wortbedeutung viel angemessener seyn, anzunehmen, daß er mit dem Ausdruck „si quid iudicatis opponere maluerit" auf rechtskräftige Puncte hätte hinweisen wollen; während Gönner darunter nicht rechtskräftige versteht. Aber die ganze Fassung des Gesetzes, sein Zusammenhang mit den bis dahin bestehenden Einrichtungen, und der Zweck der Constitution selbst, nöthigen den Ausdruck auf den Inhalt des ganzen unterrichterlichen Urtheils zu beziehen.

Die Frage: ob nicht wenigstens diejenigen Puncte des Urtheils, welche der Appellat ausdrücklich als nicht beschwerlich anerkennt, oder bei denen er ausdrücklich auf Beschwerdeführung verzichtet habe, als in dem Maße unabänderlich zu betrachten wären, daß darauf nun auch nicht zu Gunsten des Appellaten zurückzukommen wäre? Auch diese Frage ist zu verneinen. Für den Appellanten wäre in solcher Sachlage eine Abänderung jener Puncte zu seinen Gunsten allerdings unzulässig, denn er kann für sich seine Rechte aufgeben, und hätte sie im unterstellten Falle aufgegeben; sollte dies sein Benehmen aber eine Wirkung auf die Rechtszuständigkeiten des Appellaten, wie ihm solche nun einmal die allgemein gehaltene Const. 39 gegeben, haben, dann läge es immer noch in der Gewalt des Appellanten, den Umfang der Gemeinschaft der Appellation zu bestimmen, und der Appellant könnte bei mäßigem Scharfsinn und einiger Gewandtheit seine Appellationsvorträge so einrichten, daß die Absicht Justinians, Fürsorge für den Appellaten zu treffen, gänzlich vereitelt würde.

Wenn nun den Gesetzen nach die Gemeinschaft der Appellation zu dem Ergebniß führt, daß zu Gunsten des Appellaten alle Puncte des Urtheils reformirt werden können, so entsteht nun ferner die Frage, ob der Appellationsrichter bei seiner Entscheidung, insoweit solche zu Gunsten des Appellanten ausfallen müßte, an die Beschwerden und Anträge desselben insofern gebunden ist, daß er für ihn nur dann eine zu seinen Gunsten sprechende reformatorische Sentenz erlassen kann, als dieselbe den Ausführungen und Anträgen, die von dem Appellanten ausgegangen sind, entsprechen

würde, oder ob, wenn die Sachlage und der Erfolg der Untersuchung ergiebt, daß Appellant noch weiter und in größerem Maaße beschwert ist, als nach seinen Beschwerden und Anträgen von ihm selbst angenommen zu werden scheint, dann der Appellationsrichter hieran nicht gebunden, sondern befugt oder gar verpflichtet ist, auch dem Appellanten alles dasjenige zuzusprechen, was er selbst mit Recht hätte ansprechen dürfen, und ihm unbedenklich zugesprochen wäre, wenn er darauf zeitig seine Beschwerden und Anträge gerichtet hätte?

Nach den seither gewöhnlich aufgestellten Begriffen über Rechtskraft, über die Bedeutung der gravamina appellationis, den darnach bemessenen Umfang des Suspensiveffects, und der Gemeinschaft der Appellation und die Bedeutung des Prinzips, daß der Richter nicht über die Anträge der Partheien hinaus erkennen dürfe, war es consequent, davon auszugehen, daß der Appellationsrichter nicht befugt sey, über die Gränzen der im Wege der Appellation an ihn gebrachten Beschwerden hinauszuschreiten, d. h. ein dem Interesse des Beschwerdeführers günstigeres Erkenntniß zu fällen, als der Beschwerdeführer von ihm verlangt habe [59]). Geht man aber umgekehrt davon aus, daß durch Interposition der Appellation in allen Puncten die Rechtskraft der Sentenz nicht eintritt, daß der Appellant nach Willführ, während der Verhandlung in der Appellationsinstanz die gravamina wechseln und erweitern darf, daß hiernach der Suspensiveffect das ganze Urtheil umfaßt, und folgerichtig hiernach die Gemeinschaft der Appellation gleichfalls auf alle Puncte des Urtheils sich erstreckt, und daß es eben eine Eigenthümlichkeit der Appellationsgemeinschaft im Geiste der justinianischen Gesetzgebung ist, daß nicht nothwendig die Anträge der Partheien, sondern der Befund der Acten den Umfang des appellationsrichterlichen officii bestimmen soll, und daß sowohl nach dem Grundsatze der Partheiengleichheit, als nach dem ganzen Geiste der römischen Gesetze über die Appellationsgemeinschaft dem Appellaten, im Interesse der Anerkennung des materiellen Rechts, eben so viel Rücksicht zugewandt werden soll, als dem Appellanten, so gelangt man eben so folgerichtig zu der Behauptung, daß der Appellationsrichter so berechtigt als verpflichtet sey, nach dem Erfolg der Untersuchung, auch zu Gunsten des Appellanten, über seine ausdrücklichen Beschwerden und Anträge hinaus, zu erkennen.

---

59) Hoch, a. a. O. §. 8 f.

§. 11.

Von dem Umstande, ob der Appellat anwesend ist oder nicht, hat das Gesetz es abhängig gemacht, ob der Richter amtswegen auch zu Gunsten des Appellaten sprechen, oder dessen Anträge abwarten soll.

Ist der Appellat gegenwärtig (si praesto fuerit) dann ist der Richter nicht befugt, zu seinen Gunsten zu reformiren, wenn der Appellat nicht selbst ausdrücklich deshalb Anträge gestellt hat, und selbst über diese Anträge hinaus zu gehen, ist der Richter nicht berechtigt. Hier entsteht nun zunächst die Frage: wann der Appellat als gegenwärtig angesehen werden muß? Nach römischem Rechte waren für die Verhandlungen in der Appellationsinstanz gesetzlich bestimmte Zeiten vorgeschrieben, welche den Partheien also bekannt, und von ihnen einzuhalten waren [60]), ohne daß es einer Ladung des Appellaten bedurfte, der nur von der Einlegung des Rechtsmittels, und wenn der Appellant etwa eine reparatio erlangt hatte, hievon in Kenntniß zu setzen war [61]). Denn es war und blieb im römischen Appellationsverfahren Grundsatz, daß der Appellationsrichter auf Anhören und Antrag einer Parthei eine Entscheidung geben konnte, die aber, nach dem Novellenrechte [62]), in Uebereinstimmung mit dem Prinzipe der Const. 39 de appellat., nach dem Erfolge der richterlichen Prüfung der Sache, nicht blos für den betreibenden Theil, sondern auch für den Gegner günstig ausfallen konnte. Nach römischem Rechte war sonach unter Gegenwart die wirkliche persönliche Anwesenheit verstanden, und nicht etwa diejenige Parthei im Rechtssinne als gegenwärtig zu betrachten, welche durch gehörige Bekanntmachung oder gar Ladung Gelegenheit hatte, erscheinen zu können, wenn sie wollte. Die Novellen nehmen große Rücksicht auf den nicht Erscheinenden, halten ihm nicht nur die Frist bis zum äußersten Zeitpuncte offen, sondern verpflichten sogar den Appellaten, sich zu bemühen, den nicht erschienenen Appellanten ausfindig zu machen. Und wenn troß dessen ein Theil nicht erscheint, soll doch nach dem Stande der Acten das Interesse des Abwesenden möglichst berücksichtigt werden.

---

60) Zimmern, röm. Rechtsgesch. III. §. 175. Bethmann-Hollweg, Handb. d. Civilproz. §. 33.

61) Cod. Theod. de reparat. appellat. 11, 31 Const. 5. de appellat. Bethm.-Hollw. a. a. O. S. 357 f.

62) Nov. 49. pr. c. 1. Nov. 126 c. 2. Bethmann-Hollweg, Handb. I. S. 360. Zum Theil abweichend. Heffter Instit. S. 456. 472. 474. Note 95.

Gewöhnlich stellt man die Begriffe von gegenwärtig und abwesend seyn enger, und lehrt, als abwesend sey der Appellat nur dann zu betrachten, wenn über das Rechtsmittel entschieden werde, ohne ihn zuvor über dasselbe gehört zu haben[63]), und setzt noch hinzu, und ihm auch keine Gelegenheit zum Gehör gegeben worden sey[64]). Für den freiwillig abwesenden, freiwillig schweigenden Appellaten, welchem legale Notiz von den speziellen Beschwerden des Appellanten, und Gelegenheit zur Adhäsion gegeben wurde, ohne diese Adhäsion, in durius gegen den Appellanten, zum Vortheile des ungehorsamen verzichtenden Appellaten zu erkennen, verletzt, sagt Gensler, die ersten Prinzipien der Verhandlungsmaxime des deutschen Prozesses; und hätte Justinian den Richter auf diese exorbitante Weise befugen wollen, so könnte man dieses doch nur als eine nicht zu beachtende Inconsequenz seiner Gesetzgebung ansehen, welche wir, als bloßes Hülfsrecht, selbst denjenigen Prinzipien nachsetzen müßten, welche nur aus dem Geist und der Natur des deutschen Prozesses folgen, ohne daß der Buchstabe des Gesetzes Auskunft gebe.

Für diese engere Begriffsbestimmung fehlt es aber in der That an zureichender Begründung. Wir dürfen das Institut der Appellationsgemeinschaft, da es rein römisch-rechtlichen Ursprungs, und daher zu uns übergekommen ist, doch so lange auch nur in seiner quellenmäßigen Eigenthümlichkeit behandeln, als nicht späteres Recht das nun einmal recipirte Institut modifizirt hat. Was Justinian unter gegenwärtiger und abwesender Parthei verstanden, ist auch, bis zu rechtlicher Aufhebung für uns rechtlicher Begriff. Prinzipien der Verhandlungsmaxime gelten doch jedenfalls nur

---

63) Martin, Lehrb. §. 276. Note m.

64) Gensler, Comment zu Martin. Th. 2. S. 121. (zu §. 265.). Ebenso lehrt v. Almendingen (Metaphysik S. 183.). „Unter abwesend ist indessen nach erkannten Appellationsprozessen keineswegs der contumacirte Appellat zu verstehen. Es ist nur derjenige, dem wegen unverschuldeter Abwesenheit keine Ladung konnte insinuirt werden. Der Fall einer von Richteramtswegen zum Vortheil des abwesenden Appellaten zu treffenden Abänderung des vorigen Urtheils kann nur dann eintreten, wenn auf Anrufen des Appellanten nach erkannten Appellationsprozessen durch ein Haupturtheil die Rechtsverhältnisse zwischen dem Appellanten und dem wegen Abwesenheit nicht contumacirten Appellaten festgesetzt werden. Dieser Fall wird bei unserer Gerichtsverfassung nicht leicht eintreten, weil die öffentliche Ladung in öffentlichen Blättern — von welcher das römische Recht nichts wissen konnte — den juristischen Begriff unbeschützter Abwesenheit aufhebt, und weil der öffentlich Geladene und Contumacirte nicht für abwesend oder unvertheidigt zu halten ist.“

so weit, als sie durch positives Recht nicht beschränkt sind. Mit Recht sagt Almendingen: mag immerhin die reine Quelle, aus welcher die Gesetzgebung schöpfen sollte, mag die Natur der Sache verfälscht werden; den positiven Juristen darf das nicht kümmern, und der nach positiven Vorschriften handelnde Richter muß die Consequenz der Rechtspflege unter die Vorschrift eines inconsequenten Gesetzes beugen. Aber auch hierbei muß er consequent, und, mit beständiger Rüsickcht auf den inconsequent modifizirten höhern Grundsatz handeln. Er muß den unsichtbaren Genius der Gesetzgebung auch da zu ehren wissen, wo er sich zu verläugnen scheint. Römisches Recht ist für unser Institut als Theil des gemeinen deutschen Prozesses nicht blos Hülfsrecht, es ist einzige ausschließliche Rechtsquelle. Selbst die Reichsgesetze verweisen auf das Institut nur in seiner aus römischen Rechtsquellen recipirten Eigenthümlichkeit, ohne es irgend zu modifiziren. Mit dem wahren Geiste und der ächten Natur des deutschen gemeinen Prozesses kann sonach das Institut, so erorbitant es auch Justinian hingestellt haben möchte, nicht im Widerspruche stehen, denn ein Geist und eine Natur, die den geschriebenen Quellen eines positiven geschriebenen Rechts widersprechen, sind nicht Geist und Natur dieses positiven Rechts. Hätte Gensler historisch nachgewiesen, daß die Wissenschaft und besonders die Praxis, das Institut von jeher in einem Sinne verstanden und angewendet habe, der seiner Ansicht entspräche, dann würde sich die Frage aufwerfen, ob dadurch nicht für unsern gemeinen Prozeß die Sache sich geändert habe. So lange eine solche Nachweisung aber nicht erfolgt ist, muß der Inhalt der Gesetze allein entscheiden. Die Gesetze unterscheiden aber nicht einmal, ob der nicht Erschienene geladen ist oder nicht; und wenn man dagegen bemerken wollte, daß auf diesen Unterschied die römischen Gesetze deßhalb haben keine Rücksicht nehmen können, weil darnach überhaupt keine Ladungen zu diesem Zwecke vorgekommen, so ist dagegen zu erwiedern, daß unsere heutigen Ladungen durch gesetzlich bestimmte Fristen, also gewissermaßen durch gesetzliche Ladungen vertreten waren, und daß nach dem Novellenrecht der Erscheinende den nicht Erscheinenden aufsuchen, und daß trotz dessen der nicht Erscheinende amtswegen vertreten werden sollte.

(Schluß folgt im nächsten Hefte.)